﴿ فهرست الجزء السابع من كتاب مفتاح الكرامة ﴾

صحيفة

صحيفة

﴿ تمت الفهرست ﴾



الجزء السابع

من

كتاب

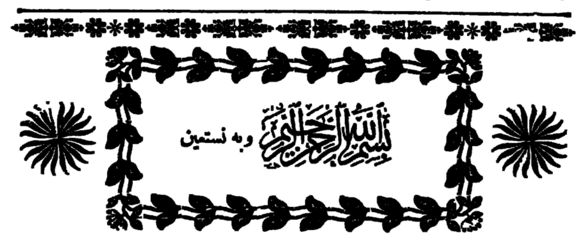
مفتاح الكرامة في شرح قواعد العلامة

وهو يتضمن (احياء الموات) و (الاجارة)
و (المزارعة) و (المساقات) و (الشركة)
و (القراض) و (الوكاله) تصنيف الفقيه
المتبحر العلامة الفاضل النحرير المحقق
المدقق المتتبع المتقن الاوحدي مولانا
السيد محمد الجواد ابن محمد بن محمد
الحسيني العاملي الشقرائي المجاور
بالنجف الاشرف الغروي
حياً وميتاً قدس الله
سره الشريف
آمين

(وفي أعلى كل صفحة منه ما يخصها من المتن المذكور)

طبع بمطبعة الشورى بالفجالة بمصر لصاحبها عبد الحق الانصاري سنة ١٣٢٣ هـ

﴿ المقصد الثالث ﴾ في احياء الموات (متن)



الحمد لله كما هو اهله رب العالمين والصلوة والسلام على خير خلقه اجمعين محمد وآله الطاهرين المعصومين ورضي الله عن علمائنا ومشائخنا اجمعين وعن رواتنا المحدثين الراشدين ﴿ وبعد ﴾ فهذا ما برز من كتاب مفتاح الكرامة على قواعد العلامة أعلى الله سبحانه مقامه تصنيف العبد الاقل الاذل محمد الجواد الحسيني الحسني العاملي عامله الله سبحانه بلطفه الجلي والخفي بمحمد وآله صلى الله عليه وآله وسلم

﴿ المقصد الثالث في احياء الموات ﴾

هذا المقصد من توابع الغصب لان له شبها في الجملة به و بالشفعة والموات كسحاب وغراب الارض التي لا مالك لها ولا ينتفع بها احد كما في الصحاح والمصباح واقتصر في القاموس على الاول وفي (النهاية) انها الارض التي لم تزرع ولم تعمر ولا جرى عليها ملك احد وفي (المصباح) ايضا انها التي لم يجر عليها احياء فان كان معنى قوله في القاموس لا مالك لها انها لم تملك اصلا لم يكن بين كلماتهم مخالفة وذلك يقضي بأن الارض لا تكون مواتاً اذا علم انها كانت معمورة وان اندس رسمها وباد اهلها وهو معنى قوله في المهذب لم يجر عليه ملك أحد وقوله في المبسوط الذي لم يجر عليه ملك مسلم فتأمل وقال في (التذكرة) هي الارض الخراب الدارسة التي باد اهلها واندرس رسمها انتهى وعليه لو بقيت آثار الانهار والسواقي أو المروز لم تكن مواتا وفي (الشرائع والنافع وجامع الشرائع والتحرير والدروس واللمعة والمسالك والروضة والكفاية) ان الموت هو ما لا ينتفع به لعطلته اما لاستيجامه او لانقطاع الماء عنه أو لاستيلاء الماء عليه الى آخر ما قالوه وهو مأخوذ من العرف لانه لا يعرف ما اعتبر في التذكرة وكتب اللغة بل الضابط عنده العطلة وذهاب الملاك بحيث لا يعرف احد منهم وان بقيت رسوم العمارة وآثار الانهار بل في صحيحة الكابلي تصريح بعدم اعتبار ذهاب الملاك كما يأتي والعرف يقضي بذلك (وعساك تقول) ان بعض ما ذكر من المروز وآثار الانهار لو وقع ابتداء كان تحجيراً وكافيا في ثبوت الاولوية لمن يريد الاحياء فليكن هنا كذلك فلا يصح احياء هذه كما لا يصح احياء تلك وان صدق عليهما انهما موات عرفا فما الوجه في التفرقة بينهما في الحكم (لانا نقول) انها انما افادت (١) ذلك في تلك لمكان وجود الشرطين وهو بقاء اليد وقصد العمارة وهما منتفيان هنا على ان التحجير عرفا مخصوص بابتداء الاحياء فلا يكون بقاء الرسوم تحجيراً عرفا على ان الظاهر من المحقق وغيره ان التحجير منصوص حيث

(١) اي الاولية والمنع من احياء غير المحجر لها (منه قدس سره)

المشتركات اربعة ينظمها اربعة فصول (الاول) الاراضي والميت منها يملك بالاحياء (متن)

يبينون كيفيته ويصرحون في رجوع الاحياء الى العرف والعادة ولعل مستندهم في التحجير وكيفيته الى الاجماع اذ لا ذكر له اصلا في الاخبار وكيف كان فحال الموات كحال الاحياء لعدم وجود نص في بيان معناهما وقد قال في التذكرة واما الاحياء فان الشرع ورد به مطلقا ولم يبين له معنى يختص به ومن عادة الشرع في ذلك رد الناس الى المعهود عندهم المتعارف بينهم كالقبض والحرز والنظائر كثيرة فيكون المراد به في نظر الشارع ما يعد احياء في العرف وذلك يختلف باختلاف ما تقصد عمارته من الموت انتهى ومثل ذلك صرح في المبسوط والسرائر والتحرير والدروس وغيرها ومثل ذلك تقول في الموات ﴿ قوله ﴾ ﴿ المشتركات اربعة تنظمها اربعة فصول ﴾ قد طفحت عبارات جماعة منهم ان المشتركات اربعة وهي الاراضي والمعادن والمنافع والمياه وفي (جامع المقاصد) لا شك ان بحث الماء استطرادي لعدم صدق رسم الموات عليها ونحوه الحواشي قال في (الحواشي) لكنها تنشأ من الارض وما يخرج من اجزائها باعتبار الاشتراك والاختصاص (قلت) بل هي اقرب الى صدق اسم الموات عليها من المنافع كالمساجد والطرق فان البئر والقناة اذا استولى عليها الخراب والعطلة كانا اشبه شيء بالارض الخراب حيث لا ينتفع بهما فيما يراد منهما ووجه كونها مشتركات انه لما كان الاحياء عبارة عن اخراجها عن الموات وكانت متساوية النسبة الى كل من يصلح للاخراج بالقوة او الفعل صدق الاشتراك وفي (حواشي الشهيد) ان حكمه بان الاراضي من المشتركات فيه ما فيه لانه ان اراد المحيات فكل مختص بما احياه وان اراد الميتة فهي للامام عليه السلام وعلى الوجهين لا تعد من المشتركات وتتمكن الشبهة بقوله في آخر المقصد ولا يفتقر الاحياء الى اذن الامام فان المراد به الاحياء المعهود الذي سبق ذكره مراراً اعني ما يترتب عليه الاثر (والجواب) ان المراد الاراضي الميتة في حال غيبته او حال عدم بسط يده فهذه المشتركة ولا يفتقر في احيائها الى اذنه والا لامتنع الاحياء في حال الغيبة فحالها كحال الغنيمة بغير اذنه والخمس فانهما في يد الكافر والمخالف على وجه الملك حال الغيبة ولا يجوز انتزاعه منه فهنا أولى واما في حال الحضور وبسط اليد فلا بد من اذنه كما ستسمع ثم انه سيأتي ان الكافر الحربي اذا احيى في بلاد الكفر ملك فهذا احياء وتملك من دون اذن ﴿ قوله ﴾ ﴿ الاول الاراضي ﴾ في الحواشي المنسوبة الى الشهيد ان جمع الارض على الاراضي غلط (قلت) في الصحاح والقاموس انه جمع على غير القياس وقال في (المصباح) قال أبو زيد سمعت العرب تقول في جمع الارض والاراضي والاروض مثال فلوس وجمع فعل فعالي في أرض واراضي واهل واهالي وليل وليالي على غير قياس ﴿ قوله ﴾ ﴿ والميت منها يملك بالاحياء ﴾ باجماع الامة اذا خلت عن الموانع كما في المهذب البارع وباجماع المسلمين كما في التنقيح وعليه عامة فقهاء الامصار وان اختلفوا في شروطه والاخبار به كثيرة من طريق الخاصة والعامة كما في التذكرة ولان الحاجة تدعو الى ذلك وتشتد الضرورة اليه لان الانسان ليس كالبهائم بل هو مدني بالطبع لا بد له من مسكن يأوي اليه وموضع يختص به فلو لم يشرع لزم الحرج العظيم بل تكليف ما لا يطاق فهذه الاجماعات انها بالاحياء تملك في الجملة وقد صرحت عبارات أصحابنا واجماعاتهم وأخبارهم بانها تملك بالاحياء اذا كان باذن الامام كما ستسمع ﴿ قوله ﴾ -

ونعني بالميت ما خلا عن الاختصاص ولا ينتفع به اما لعطلته لانقطاع الماء عنه أو لاستيلاء الماء عليه أو لاستيجامه أو لغير ذلك وهو للامام خاصة لايملكه أحد وان احياه ما لم يأذن له الامام فيملكه ان كان مسلما بالاحياء والا فلا (متن)

﴿ ونعني بالميت ما خلا عن الاختصاص ولا ينتفع به اما لعطلته لانقطاع الماء عنه أو لاستيلاء الماء عليه أو لاستيجامه أو لغير ذلك ﴾ وفي (الشرائع والتذكرة والتحرير والدروس) أنه ما لا ينتفع به لعطلته اما لانقطاع الماء عنه الى آخره وهو اجود مما في الكتاب ومما في اللمعة من قوله لعطلته أو لاستيجامه الى آخره (اما الاول) فلعدم المعادل تاماً (وأما الثاني) فلأن هذه الثلاثة من افراد العطلة واحترز بما خلى عن الاختصاص عما كان مختصا لكونه حريما أو نحوه كما يأتي ﴿ قوله ﴾ ﴿ وهو للامام خاصة لا يملكه الاحد وان احياه ما لم يأذن له الامام ﴾ اما ان الميت للامام عليه السلام فقد طفحت به عباراتهم في الباب وغيره وحكى عليه الاجماع في الخلاف والغنية وجامع المقاصد والمسالك وظاهر المبسوط والتذكرة والتنقيح والكفاية و بهصرح في صحيح الكابلي المروي في الكافي والتهذيب مضافا الى الاخبار المستفيضة وفيها الصحيح والقوي الدالة على أنه من الانفال واما ان اذنه شرط في تملك المحيي ففي (الخلاف) الاجماع عليه وهو ظاهر التذكرة قال اذنه شرط في تملك المحيي عندنا وفي (المسالك) لا شبهة في اشتراط اذنه في احياء الموات فلا تملك بدونه اتفاقا وفي (جامع المقاصد) لا يجوز لاحد احياء الموات الا باذن الامام وانه اجماعي وفي (التنقيح) الاجماع على انها تملك اذا كان الاحياء باذن الامام عليه السلام وفي (الروضه) الاجماع على افتقار الاحياء الى اذنه اذا كان حاضرا انتهى وعليه تنزل ما قد يقية الاجماعات واطلاق اكثر العبارات وستسمع الاخبار فانها ظاهرة في الاذن في الاحياء للمسلمين بل للناس كافة وتملكهم لها به في الحضور والغيبة والصحاح مستفيضة الا أنهم خصوها بحال الغيبة ﴿ قوله ﴾ ﴿ فيملكه ان كان مسلما بالاحياء والا فلا ﴾ لما بين ان اذنه شرط في الاحياء بين انه يشترط في تملك المحيي كونه مسلما فلو احياه الكافر لم يملك وان كان الاحياء باذن الامام عليه السلام و بذلك صرح في الشرائع في اول كلامه والتذكرة وجامع المقاصد بل ظاهر الاخيرين الاجماع على ذلك قال في (التذكرة) لا يملكها الكافر بالاحياء ولا يأذن له الامام فان اذن له الامام فاحياها لم يملك عند علمائنا وقال في (جامع المقاصد) فلو احياه الكافر لم يملك عند علمائنا وان كان الاحياء باذن الامام وقال ان الذي يفهم من الاخبار وكلام الاصحاب ان الامام لا يأذن له انتهى وفي (المسالك) انه لا نزاع في اختصاص جواز الاحياء حال الحضور بالمسلم (قلت) الخلاف موجود في صريح الخلاف وفي المبسوط والسرائر وجامع الشرائع والتحرير وظاهر المهذب والنافع والاممة قال في (المبسوط) الموات عندنا للامام لا يملكها احد بالاحياء الا أن يأذن له الامام فاما الذمي فلا يملك اذا احيى ارضا في بلاد الاسلام الا أن يأذن له الامام انتهى و بعينه عبر في السرائر بل انما نسب الخلاف في الخلاف الى الشافعي قال انه قال لا يجوز للامام أن يأذن له فان أذن له فيه فاحياها لم يملك فنظر صاحب جامع المقاصد في اجماعيه الى ما في التذكري والى ما في الدروس حيث قال فلو احياها الذمي باذن الامام ففي تملكه نظر من توهم اختصاص ذلك بالمسلمين والنظر في الحقيقة في صحة اذن الامام له في الاحياء للتملك اذ لو اذن كذلك لم يكن بد من القول بملكه واليه ذهب الشيخ نجم الدين انتهى فقد جعل

اذن الامام للذمي على قسمين اذن في الاحياء فقط واذن له في احيائه لها وتملكها بالاحياء ونزل قول المحقق ولو قيل يملكه الى آخره كما ستسمعه على هذا الاخير لان كان من الضروريات عندنا لانه معصوم لا يأذن له في ذلك الا ان يكون مما يصح له ذلك فيكون قائلا بان الاذن له في الاحياء فقط لا يقضي بالملك وكأنه لم يلحظ الخلاف والمبسوط والمهذب والجامع والتحرير والا لما قصر ذلك على المحقق مع تنزيل كلامه على البعيد فليس لك ان تقول انه لحظها ونزلها على ما نزل عليه كلام المحقق على ان كلام الخلاف في نسبته الخلاف الى الشافعي يأبى ذلك ولعل نظره في التذكرة الى الشرائع حيث قال واذنه شرط فمتى اذن ملكه المحيي اذا كان مسلما ولا يملكه الكافر ولو قيل يملكه مع اذن الامام كان حسنا اذ قضيته انه لا قائل به وكأنهما لم يلحظا المبسوط والخلاف والسرائر وانما لحظا الاخبار كقوله صلى الله عليه وآله وسلم موتان الارض لله ولرسوله ثم هي لكم مني ايها المسلمون وقول امير المؤمنين عليه السلام في صحيح الكابلي من احيى أرضا من المسلمين فليعمرها وليؤد خراجها الى الامام (امام المسلمين خ ل) ولم يلحظا الصحاح المستفيضة عن الشراء من ارض اليهود والنصارى قال ليس به بأس الى أن قال وايما قوم احيوا شيئا من الارض أو عمروه فهم احق به ونحوه الصحيحان الآخران مع زيادة في احدهما فهي لهم والصحاح من احيى ارضا مواتا فهي له والصحيح عن شراء الارضين من اهل الذمة فقال لا بأس بان يشتري منهم اذا عمروها واحيوها فهي لهم الا ان تقول انه يحمل هذه الاخبار على حالة الغيبة (واعجب من ذلك) ما في المسالك حيث جعل النزاع في حال الغيبة قال وأما في حال غيبته فيملكه من احياه مطلقا وقيل يختص جواز الاحياء بالمسلم وقال كما حكينا عنه آنفا انه لانزاع في اختصاص جواز الاحياء حال الظهور بالمسلم وقال بعد ذلك اذا كان الامام حاضرا فلا شبهة في اشتراط اذنه ومن أذن له في الاحياء ملك لكن هل اذنه مختص بالمسلم أم يجوز له الاذن للمسلم والكافر قولان انتهى وانت قد عرفت ان النزاع في ملك الكافر انما هو حال الظهور ولم نجد لهم نزاعا في ذلك حال الغيبة بل من تعرض لذلك كالمحقق في النافع وكذا الشرائع والمصنف في التحرير وكذا التذكرة والشهيد في حواشيه في باب الخمس واللمعة والمحقق الثاني قالوا انه يملك كما يملك الخمر والخنزير وكما ان المخالف والكافر يملكان في زمان الغيبة حقهم عليهم السلام من الغنيمة ولا يجوز انتزاعه من يد من هو في يده الا برضاهم لكنهم من الخمس عند من لا يرى اخراجه وحق باقي اصناف المستحقين شبهة اعتقاد حل ذلك وكذا ما يأخذه الكافر والمخالف من بطون الاودية والآجام ورؤس الجبال لا يجوز انتزاعه منهما عندنا فالارض الموات اولى ومن ثم لا يجوز انتزاع ارض الخراج من المخالف والكافر ولا يجوز اخذ الخراج والمقاسمة الا بأمر سلطان الجور وهذه الامور متفق عليها كما في جامع المقاصد وقد بينا ذلك في باب البيع وقلنا انه يصح بيع ارض الخراج باعتبار ماملك فيها وان كان البائع كافراً وحينئذ فنجري بعمومات الباب على ظواهرها في حال الغيبة كقولهم من احيى ارضا ميتة فهي له ونقصر التخصيص عليه حال ظهوره ثم ان ما حكاه من القولين حال الحضور من ان اذنه يختص بالمسلم أم يأذن للكافر غير صحيح (هذا الشيخ) ومن وافقه يقولون يأذن للكافر و يملك وهذا المصنف في التذكرة والمحقق الثاني ظاهرهما الاجماع على انه لا يملك وان أذن له ولعل صاحب المسالك أخذ ذلك من قوله في جامع المقاصد والحق ان الامام لو أذن له في الاحياء للتملك قطعنا بحصول الملك له وانما البحث في ان الامام هل يفعل ذلك ام لا يعني الاذن في الاحياء

واسباب الاختصاص ستة (الاول) العمارة فلا يملك معمور بل هو لمالكه وان اندرست العمارة فانها ملك لمعين أو للمسلمين (متن)

للتملك وهذا غير الاذن في الاحياء مطلقا فيترتب عليه التملك على ان هذا اول من ذكره الشهيد ونزل عليه عبارة الشرائع كما عرفت والقوم لا يعرفونه على انه اعترف في جامع المقاصد بانه تنزيل وان عبارة الشرائع مطلقة وان قلت ان هذا النزاع المذكور في المسالك يرجع بالاخرة الى ان الكافر يملك بالاحياء حال الحضور ام لا فمن قال ان الامام يأذن قال يملك ومن قال بالعدم قال بالعدم (قلنا) على تقدير التسليم فلا معنى لنفيه النزاع عن اختصاصه بالمسلم كما تقدم مع انه قال في الروضة وفي ملك الكافر مع الاذن اذا لم يكن غائبا قولان ولا اشكال فيه لو حصل وانما الاشكال في جواز اذنه له نظرا الى ان الكافر هل له ذلك ام لا انتهى فكيف يجتمع قوله في الروضة فيه قولان مع نفيه النزاع فيه في المسالك بل كيف يجتمع القولان مع عدم الاشكال فيه لو حصل مع ان النزاع واقع فيه على تقدير حصوله كما عرفت الا ان يريد الاذن الذي ذكره في الدروس فانه لا اشكال فيه لو حصل وقد اقتفى في الكفاية صاحب المسالك في بعض ذلك وشيخنا صاحب الرياض حكى ما في المسالك والروضة ولم يتضح لديه الحال حيث لم يتتبع الاقوال (واعتراض) صاحب التنقيح على عبارة النافع في المقام بأن فيها مناقضة (غير صحيح) واغرب منه ما اجاب به عنه فليلحظه من اراد معرفة الحال ﴿ قوله ﴾ ﴿ واسباب الاختصاص ستة ﴾ لما ذكر ان الميت ما خلا عن الاختصاص وانه يملك بالاحياء اراد ان يبين اسباب الاختصاص التي تمنع عن الاحياء فجعلها ستة وقد جعل انتفاءها في الشرائع والنافع والتذكرة والتحرير والارشاد والدروس واللمعة والمسالك والروضة والكفاية والمفاتيح من شروط الاحياء على اختلافهم في عددها فرقيت في الدروس الى تسعة وفي الشرائع والتذكرة الى خمسة وفي التحرير واللمعة الى ستة فهي للاختصاص اسباب وللاحياء موانع فانتفاؤها شرط لان كل مانع عدمه شرط ﴿ قوله ﴾ ﴿ الاول العمارة فلا يملك معمور ﴾ المعمور في بلاد الاسلام عبارة عن المحيى سواء كان بنيان وعمارة كالدار والقرية والعين والبئر أو زرع أو غرس أو عضد الاشجار وقطع الاشجار وقطع المياه وبالجملة ما كان خارجا عن الموات بحيث تدخل فيه الارض المفتوحة عنوة اذا كانت محياة قبل الفتح فالارض التي أسلم عليها أهلها مملوكة لاربابها المعينين المخصوصين ولاعقابهم الى يوم القيامة اندرست آثارها أو بقيت وكذلك الارض التي صولح أهلها على ان تكون الارض لهم وأما الارض المفتوحة عنوة المحياة قبل الفتح فهي ملك لجميع المسلمين فمن اذن له الامام بان يبني أو يغرس فيها وان يكون عليه خراجها اختص بملكيتها فيملك رقبتها اصالة أو تبعاً على الخلاف فاذا زالت آثاره زال ملكه وعادت كما كانت ملكا لجميع المسلمين كما اذا ماتت كانت للمسلمين أيضاً ولا يكون مواتها هذا للامام فليحفظ (فلتحفظ خ ل) هذا فانه ينفع فيما ستسمع عن الشهيد والمحقق الثاني وهذا السبب قد عدّوا انتفاءه من الشروط فبعضهم عبر عنه بان لا يكون عليه يد مسلم وآخرون بأن لا يكون ملكا لمسلم كما ستعرف ذلك وبيانه ﴿ قوله ﴾ ﴿ بل هو لمالكه وان اندرست العمارة فانها ملك لمعين أو للمسلمين ﴾ معناه أنه لا يملك المعمور وان اندرست عمارته لان الارض المعمورة بتنزيل المعمور على الارض المعمورة أو لان العمارة ملك لمعين كما في الارضين الاولين أعني من اسلم عليها أهلها ومن

الا أن تكون عمارة جاهلية ولم يظهر انها دخلت في يد المسلمين بطريق الغنيمة فانه يصح تملكها بالاحياء ولا فرق في ذلك بين الدارين الا أن معمور دار الحرب يملك بما يملك به سائر أموالهم (متن)

صولحوا عليها أو للمسلمين كما في الارض المفتوحة عنوة كما عرفت وقال في (جامع المقاصد) كون المالك المعين من واحد و جماعة مخصوصين ظاهر وكونه للمسلمين يتحقق في المفتوحة عنوة أما غيرها فانها مع موت مالكها المعين تكون حقاً لورثته ومع عدمهم لا تنتقل الى المسلمين بل الى الامام كما صرح به الشيخ في المبسوط والمصنف في التحرير والتذكرة انتهى وقد اعترضه قبله الشهيد في حواشيه قال بشكل بانه ينبغي ان يكون للامام لانه وارث من لا وارث له وقد صرح به في التحرير والمبسوط انتهى وأنت (قد عرفت) ان غرض المصنف هنا ان المعمور مع بقاء صاحبه والعلم به لا يصح احياؤه ولا يملك وان اندرس ومات لان مالكه المسلمون أو الاشخاص المعينون والذي حكياه عن المبسوط والتحرير انما هو فيما اذا جرى عليها ملك مسلم ثم انقرض أو جهل وهذا سيذكره المصنف قريباً بقوله وماجرى عليها ملك مسلم فهي له وبعده لورثته وان لم يكن لها مالك معين فهي للامام و بذلك طفحت عباراتهم من المبسوط الى الكفاية وظاهر التذكرة الاجماع سلمنا ان الغرض بيان حال المعمور مطلقا سواء بقي صاحبه أو فقد لكن المالك هنا معين وهو الامام ولم يقل المصنف انه للمسلمين (ثم ان) قوله في جامع المقاصد كون المالك امين أو جماعة مخصوصين ظاهر فيه انه لا يتم في المفتوحة عنوة بعد اندراس العمارة أعني البنيان والغرس لانها تخرج بذلك عن ملك مالكها كما قدمنا نعم يتم في الارضين الاخريين لان الارض المفتوحة عنوة الحياة لاتملك الا بايجاد الآثار فيها نعم يملك مواتها بالاحياء فاذا ماتت بعد ذلك (ففيه) الخلاف في انها تبقى على ملك المحيي الاول أولا كما يأتي انشاء الله تعالى

﴿ قوله ﴾ ﴿ الا أن تكون عمارة جاهلية ولم يظهر انها دخلت في ايدي المسلمين بطريق الغنيمة فانه يصح تملكها بالاحياء ﴾ هذه ارض كانت معمورة في جاهلية قريبة من الاسلام ثم انها خربت ولم نعلم كيفية الاستيلاء عليها ودخولها تحت أيديهم اذ الاصل حينئذ عدم استحقاق [illegible] المسلمين والاصل عدم الصلح والقتال والاخذ بالسيف فيملكها المحيي لعموم من احيي أرضا فتكون كالركاز أو موات بلاد الاسلام (وقد يجاب) بان الركاز مما يخاف تلفه ولا كذلك الارض و بان الموات من المعلوم عدم المالك له ولا كذلك هذه فانها لمكان العمارة يحتمل ان تكون لكافر لم [illegible] أو [illegible] لم ورثه عنه فليلحظ ذلك (واما) اذا علم دخولها في ايديهم طريق الغنيمة كانت [illegible] والاستثناء منقطع فكانه قال لا يملك معمور في حال من الاحوال الا في هذه الحال فلا يقعى (١) ماذ هذه المسائل مفروضة فيما اذا انقرض المالك فلا يناسب ما تقدم وما يأتي وعلى ماذكرناه [illegible] فتأمل

﴿ قوله ﴾ ﴿ ولا فرق في ذلك بين الدارين الا ان معمور دار الحرب [illegible] به سائر اموالهم ﴾ قال في المبسوط العامر في بلاد الاسلام ملك لاهله لا يجوز التصرف فيه الا باذن صاحبه وقال ان مراقته في معناه ومثل ذلك قال في عامر بلاد الشرك ثم قال لافرق بينهما الا ان العامر في بلاد الاسلام لايملك بالقهر والعامر في بلاد الشرك يملك بالقهر والغلبة و بذلك عبر في

---

(١) كذا في النسخ ولعل الصواب ينقض (مصححه)

ومواتها التي لا يذب المسلمون عنها فانها تملك بالاحياء للمسلمين والكفار بخلاف موات الاسلام فان الكافر لا يملكها بالاحياء ولو استولى طائفة (متن)

السرائر ومثله ما في الشرائع وفي (التحرير) أنه لا فرق بين البلادين في العامر والغامر الا ان بلاد الشرك تملك بالقهر وبلاد الاسلام لا تملك بذلك وهو كذلك ايضاً فيما حاوله من ان عامر البلادين للامام (وقد عرفت) ان غرض المصنف في هذه المسائل كما هو الظاهر من غيره ان المعمور مع بقاء مالكه والعلم به لا يصلح أحياؤه وان اندرس ومات ولا تعرض في كلامه لما اذا انقرض المالك حتى تكون للامام او لم يعرف مع وجوده حتى يكون مالاً مجهول المالك ولا يفرق في ذلك بين المفتوحة عنوة وغيرها مما أسلم اهلها أو صولحوا فما اعترض به الشهيد والمحقق الثاني على عبارة المصنف غير متوجه قال في (الحواشي) ان أراد بالمعمور الارض المفتوحة عنوة فسلم وان أراد غيرها فالاولى انه للامام مع عدم الوارث وقال في (جامع المقاصد) لا ريب ان المعمور في دار الحرب تأتي فيه الاقسام الاربعة (الاول) ان يكون معموراً في الحال (الثاني) أن يجري عليه أثر العمارة ثم يخرب ومالكه موجود (الثالث) ان يكون كذلك وينقرض المالك ووارثه (الرابع) ان يكون كذلك ولا يعرف المالك فان اراد بالمعمور المعمور في الحال دخلت الاقسام الثلاثة الباقية في احكام الموات وان اراد ما جرت عليه العمارة شمل القسمين الاخيرين فيخرجان من حكم الموات وقال ان الارض في الثالث والرابع للامام لا يجوز لاحد التصرف فيها الا باذنه عند علمائنا (وقد عرفت) ان المراد ما جرت عليه العمارة وكان المالك موجوداً معلوماً (وليعلم) انه قال في المسالك ان معمور بلاد الشرك يجوز التصرف فيه في الجملة وقال ما في الشرائع من انه لا يجوز التصرف في معمور دار الاسلام مع قولهما بعدم الفرق بين المعمورين غير تام والظاهر ان كلامه غير تام لمكان استثنائه ملكه بالقهر وعبارة المبسوط كعبارة الشرائع ﴿ قوله ﴾ (ومواتها الذي لا يذب المسلمون عنه فانها تملك بالاحياء للمسلمين والكفار بخلاف موات الاسلام فان الكافر لا يملكها بالاحياء) موات دار الحرب على قسمين موات لا يذب الكفار المسلمين عنه ولا يمنعونهم عنه والآخر عكسه ويأتي بيان حال الاستيلاء عليه فالاول يملكه المسلم بالاحياء اذا كان باذن الامام فالقيد مراد قطعا كما يدل عليه الاجماع الظاهر من التذكرة وأما الكافر فقضية كلام المصنف انه يملكه بالاحياء من دون اذن الامام لان قضية قوله بخلاف موات الاسلام فان الكافر لا يملكها بالاحياء ان موات الكفر يملكه الكافر بدون اذن وظاهر كلام الخلاف والمبسوط ان الكافر لا يملكه الا باذنه قال في (الخلاف) الارضون العامرة في بلاد الشرك التي لم يجر عليها ملك احد للامام خاصة لا يملكها احد بالاحياء الا ان يأذن له ثم ادعى اجماع الفرقة واخبارهم ونحوه ما في المبسوط حيث حكم فيه بان الموات للامام سواء ذبّ عنه الكفار ام لا وحكي عن المخالفين انه يملكه بالاحياء المسلم والكافر وهو ظاهر كلام التحرير ايضا وقضية اطلاق كلام التذكرة قال وان لم تكن معمورة اي ارض بلاد الكفر فهي للامام لا يجوز لاحد التصرف فيها الا باذنه عند علمائنا فيحمل على موات من بلغته الدعوى وأما من لم تبلغه الدعوى فان احياه يتم الملك قطعاً والا لما ملك الكفار ما ملكناه منهم بالاخذ قهراً وفي (الدروس) ان ما لم يذبوا عنه كموات الاسلام قطعاً وهذا يجري مجرى الاجماع وبذلك صرح في موضع من المبسوط ﴿ قوله ﴾ (ولو استولى طائفة

من المسلمين على بعض مواتهم ففي اختصاصهم بها من دون الاحياء نظر ينشأ من انتفاء أثر الاستيلاء فيما ليس بمملوك وكل أرض لم يجر عليها ملك مسلم فهي للامام وما جرى عليها ملك مسلم فهي له وبعده لورثته (متن)

من المسلمين على بعض مواتهم ففي اختصاصهم بها من دون الاحياء نظر ينشأ من انتفاء أثر الاستيلاء فيما ليس بمملوك ﴾ هذا هو القسم الآخر من الموات وهو الذي يذب الكفار عنه المسلمين فاذا استولى عليه طائفة من المسلمين بالغلبة والقهر فان كان باذن الامام فهي أرض مفتوحة عنوة ومواتها عندنا للامام وان كان بغير اذنه فهو للامام أيضا اجماعا منا لانه غنيمة من غزا بغير اذنه فالنظر ليس في محله وجزم في التحرير بعدم الملك والاولوية وقال في (المبسوط) فاما الموات الذي قاتلوا عنه فعندنا انه للامام انتهى وتعليلهم بانه غنيمة من غزا بغير اذنه ليس في محله لان الموات على كل حال للامام عليه السلام والشافعية ذكروا فيه ثلاثة وجوه ذكرها في التذكرة (الاول) انه يفيد اختصاصاً كاختصاص التحجير لان الاستيلاء أبلغ منه (الثاني) انهم يملكونه بالاستيلاء كالمعمور لانهم حيث منعوا عنه فكانهم ملكوه على انه يجوز أن يملك بالاستيلاء ما لم يكن مملوكا كالذراري والنسوان (الثالث) انه لا يفيد الملك ولا التحجير لانه لم يوجد عمل يظهر في الموات فعلى هذا هو كموات دار الاسلام من أحياه ملكه والاولان ضعيفان لان المدار في حصول الملك والاختصاص على حصول الاثر في الموات وهو منتف ههنا وهو معنى قوله لانتفاء أثر الاستيلاء فيما ليس بمملوك ولان الاستيلاء سبب في تملك المباحات المنقولة والارضين المعمورة والامران منتفيان هنا وقال في (الدروس) موات الشرك كموات الاسلام فلا يملك الموات بالاستيلاء وان ذب عنه الكفار بل ولا تحصل به الاولوية وربما احتمل الملك أو الاولوية ﴿ قوله ﴾ ﴿ وكل أرض لم يجر عليها ملك مسلم فهي للامام ﴾ كما طفحت بذلك عباراتهم بلا خلاف من أحد وفي (التذكرة) الاجماع عليه وهذا اذا كانت الارض في بلاد الاسلام كما في التحرير وغيره لان أراضي بلاد الكفر اذا جرى عليها ملك الكافر فهي له وان كان بالاحياء ولا تكون للامام عليه السلام بل تعتبر حالها باعتبار جريان أحكام المسلمين عليها من كونها عنوة أو صلحا أو أسلموا عليها طوعا ولا فرق في هذه الارض بين أن تكون مواتا أو ان تكون قابلة الانتفاع بغير احياء ﴿ قوله ﴾ ﴿ وما جرى عليها ملك مسلم فهي له وبعده لورثته ﴾ كما صرح بذلك في المبسوط والمهذب والسرائر في باب الزكوة والشرائع والجامع والتحرير واللمعة والدروس وجامع المقاصد وقد فرضت المسئلة في هذه كلها فيما اذا جرى ملكه عليها وهي معمورة ثم خربت عدا الشرائع والكتاب فان ظاهرهما ذلك وهو ظاهر اذ لو كانت باقية على الحياة والعمارة كانت ملكا له ولورثته وان ترك الانتفاع بها أصلا بلا اشكال (وفي المسالك والمفاتيح) الاجماع عليه (وفي الكفاية) انه لا خلاف فيه وقد اختير في المبسوط وما ذكر بعده ان حكم هذا الموات حكم العامر لا يجوز احياؤه ولا التصرف فيه الا باذن أربابه وانه باق على ملكهم تصريحا في بعضها بجميع ذلك وظهوراً في البعض الآخر ففي (المبسوط والمهذب) انها في حكم العامر وفي الجامع (الخلاف خ ل) انها لا تملك وفي (التحرير واللمعة) انها لا تخرج باحياء الغير عن ملك الاول وبالثلاثة صرح في السرائر وفي (جامع المقاصد) انه لا يجوز احياؤها مطلقا ولا تملك بالاحياء فهي كالمنتقلة بالشراء والظاهر اتفاق الكاة على ان المحيي الثاني لا يملكها وبه صرح في النهاية وجهاد الشرائع والنافع والكتاب والتحرير والارشاد والمختلف

وجامع المقاصد وهو الظاهر من السرائر في موضعين وفي (المسالك) نسبة هذا الى الاكثر (قلت) لم نجد الخلاف نحن من أحد قبل المصنف في التذكرة فانه نقل عن مالك ان المحيي الثاني يملك وقال لا بأس بهذا القول عندي وحكاه عنه في بعض فتاويه في المسالك واختاره هو في موضعين منه والروضة وفي (الكفاية) انه اقرب وفي (المفاتيح) انه أوفق بالجمع بين الاخبار وقد تشعر به عبارة الوسيلة ومن الغريب انه قال في جامع المقاصد انه المشهور ولعله أراد في الرواية فتأمل وذهب في الدروس الى انه يجب عليه احد الامرين اما الاذن لغيره او الانتفاع فلو امتنع فللحاكم الاذن وللمالك طسقها على المأذون فان تعذر الحاكم فالظاهر جواز الاحياء مع الامتناع من الامرين وعليه طسقها وقد حكى هذا القول عنه في المسالك والكفاية على غير وجهه فقد تحصل ان القائلين ببقائها على ملك المالك على انحاء (الاول) انه لا يجوز احياؤها ولا التصرف فيها أصلا الا باذن المالك كما هو صريح جامع المقاصد وظاهر المبسوط والمهذب وغيرهما (الثاني) خيرة الدروس (الثالث) انه يجوز احياؤها لكن المحيي الثاني لا يملكها كما هو خيرة النهاية وما ذكر بعدها ماعدا جامع المقاصد وهو اي الجواز وان لم يصرح به في النهاية و بعض ماذكر لكنه معلوم من كلامهم قطعا وقد انكر في السرائر قوله في النهاية ان ليس للمالك انتزاعها من يد المحيي الثاني مادام راغبا فيها لان الانسان مسلط على ماله فلا يحجر عليه فيه ولا فرق على الثالث بين مايدخل في ملكه بالاحياء أو غيره من الاسباب المملكة اذا صار مواتا ومحل البحث في المسئلة ما اذا ملكها بالاحياء ثم تركها حتى رجعت مواتا واما اذا ملكها بالشراء او شبهه فانها لا تملك بالاحياء عند جميع أهل العلم كما حكاه في التذكرة عن ابن عبد البراء وقد حكى الجماعة حكايته عنها ساكتين عليه بل استظهره بعضهم الا صاحب الكفاية وصاحب المفاتيح (اما الاول) فانه قال ان الاجماع المذكور غير ثابت واما صاحب المفاتيح فانه قال ان الظاهر من الاخبار انها للامام ثم للمحيي ثانياً مطلقا الا انهم نقلوا الاجماع على انه ان كان ملكها بغير الاحياء ثم خربت وكان صاحبها معروفا لم يزل ملكه عنها انتهى فقد جعل ناقل الحكاية كالناقل والا فالناقل له واحد بل هو ناقل حكايته عن ابن البراء فقد تساهل كما تساهل الجماعة في حكايته عن التذكرة واطلاق معقد الاجماع وكلام من حكم بأن الملك بالشراء ونحوه يقتضي عدم الزوال يشمل ما اذا علم استناد ملك البائع بالاحياء أو بالشراء من الامام ولعل قصره على الاخير أجود لما عرفت ولما يأتي فيما اذا أحياها حال الغيبة وخربت هذا تمام الكلام في تحرير محل البحث في نقل الاقوال فيه وتحريرها وان كان بعضهم ذكرها في الارض الذي انقرض أهلها وأحياها انسان في حال الغيبة ثم خربت وأحياها آخر كما يأتي في الكتاب وغيره (حجة التذكرة) ربما وافقها عموم صحيحتي (صحيحة خ ل) محمد بن مسلم عن أبي جعفر عليه السلام ايما قوم أحيوا شيئا من الارض وعمروها فهم أحق بها وهي لهم وعموم حسنة زرارة من أحيي مواتا فهو له ومثلها حسنة زرارة ومحمد وأبي بصير وفضيل وبكير وحمران والبصري وخصوص صحيحة معوية بن وهب قال سمعت أبا عبد الله عليه السلام يقول أيما رجل أتى خربة بايرة فاستخرجها وكرى أنهارها وعمرها فان عليه فيها الصدقة فان كانت ايضا لرجل قبله فغاب عنها وتركها وأخربها ثم جاء بعد يطلبها فان الارض لله عزوجل ولمن عمرها وحسنة الكابلي اوصحيحته على الاصح به عن أبي جعفر عليه السلام قال وجدنا في كتاب علي عليه السلام ان الارض لله يورثها من يشاء من عباده والعاقبة للمتقين أنا وأهل بيتي الذين اورثنا الله الارض ونحن المتقون والارض كلها لنا فمن أحيا أرضا من المسلمين فليعمرها وليؤد

وان لم يكن لها مالك معين فهي للامام ولايجوز احياؤها الا باذنه (متن)

خراجها الى الامام من اهل بيتي وله ما أكل منها وان تركها واخربها فأخذها رجل من المسلمين من بعده فعمرها واحياها فهو احق بها من الذي تركها فليؤد خراجها الى الامام من أهل بيتي وله ما اكل حتى يظهر القائم من اهل بيتي بالسيف فيحويها ويمنعها ويخرجهم منها كما حواها رسول الله صلى الله عليه وآله وسلم ومنعها الا ما كان في ايدي شيعتنا فانه يقاطعهم عليها ويترك الارض في ايديهم ونقلناه على طوله لنفعه فيما يأتي والتبرك به وان اصل هذه الارض مباح فاذا تركها حتى عادت الى ما كانت عليه صارت مباحة كما لو اخذماء من دجلة ثم رده اليها وان العلة في تملكها الاحياء والعمارة فاذا زالت العلة زال المعلول وهو الملك فاذا أحياها الثاني فقد اوجد سبب الملك له والعمومات فايلة القولين ويمكن حمل الصحيح على صريح الحسن بانه أحق بها من الذي تركها لكنه لايملكها وعليه ان يؤدي طسمها للاول لمكان اتفاق الكلمة قبل التذكرة على عدم الملك على الظاهر ولمكان الادلة الاخر كالاصل بمعنى الاستصحاب معتضد بالعمومات لانك قد عرفت انها صالحة للاستدلال على هذ القول ومؤيدا بالقواعد القطعية وهو ان الملك اذا ثبت دام حتى يقوم الدليل القاطع على زواله لان الظاهر من جماعة منهم كالمصنف والمحقق كما ستعرف انه أذن له الامام في الاحياء والملك وان الثاني احياها من دون اذن من المالك والامام وحينئذ فيمكن ان يقال انا نحمل هذه الاخبار على حال الغيبة أو حال عدم انبساط يده فيكون الحاصل ان اذا أذن له الامام فأحيى مات الى يوم القيام بقيت الحيوة أو زالت مادام المحيي معروفا هو وورثته وان كان الاحياء بدون اذنه لعدم انبساط يده أو غيبته ثم خربت وجاء الآخر وأحياها لجاءت فيه الاقوال والاحتمالات المذكورة ولذلك خص ذلك في الشرائع والكتاب والتحرير في حال الغيبة بل خصوا ذلك في الارض التي باد اهلها فخربت كما ستسمع من أدلة الاصحاب وصحيحة (ومن ادلة الاصحاب صحيحة خ ل) سليمان بن خالد على الصحيح انه سأل الصادق عليه السلام عن الرجل يأتي الارض الخربة فيستخرجها ويجري انهارها ويعمرها ويزرعها فماذا عليه قال الصدقة (قلت) فان كان يعرف صاحبها قال فليؤد اليه حقه والمراد بالحق الارض وطسقها وربما استدل بانها ارض يعرف مالكها فلا تملك بالاحياء كالتي ملكت بالشراء وان اسباب الملك مضبوطة وليس منها الخراب وان ما ملك ببيع أو ارث أونحوهما لايخرج عن الملك لخرابه فكذا ماهنا للاستواء في الملك على ان مطلق الملك لابد وان ينتهي الى الاحياء وبقوله صلى الله عليه وآله وسلم ليس لعرق ظالم حق وقد فسر هشام بن عروة العرق الظالم ان يأتي الرجل الارض الميتة لغيره فيغرس فيها وربما حمل صحيح سليمان على ما اذا كان قد ملكها بغير الاحياء جمعاً بين الادلة ولا شاهد عليه وربما جمع بحمل خبري الكابلي وابن وهب على مااذا لم يعرف صاحبها وخبر سليمان على ما اذا عرف وأنت خبير بان خبر سليمان صريح في ذلك كما ان خبر ابن وهب قد يقال انه نص في ذلك ايضا وكيف كان فالترجيح لما عليه الاصحاب من انه يجوز احياؤها للثاني لكنه لايملكها لما عرفت بل الاوفق بالضوابط قول المحقق الثاني وتفصيل الشهيد قوي جداً ﴿ قوله ﴾ ﴿ وان لم يكن لها مالك معين فهي للامام ﴾ أي فان لم يكن مالك معين للارض الميتة التي كان قد أحياها مالكها الذي قد جهل الآن أو باد فهي للامام اجماعا كما في ظاهر السرائر في باب الزكوة والتذكرة وجامع المقاصد وصريح المفاتيح فيما اذا باد وكذا

فان بادروا واحياها بغير اذنه لم يملكها فان كان غائبا كان أحق بها مادام قائما بعمارتها فان تركها فبادت آثارها فأحياها غيره كان الثاني أحق وللامام بعد ظهوره رفع يده (متن)

الخلاف فيما اذا جهل فاذا أذن في أحيائها ملكها فاذا ماتت صار حكمها كالسابقة لان مالكها حينئذ معروف واما اذا كانت حية فهي مال مجهول المالك كما في المسالك والكفاية لكن ضابطه لاينطبق عليه

﴿ قوله ﴾ (فان بادر واحياها بغير اذنه لم يملكها) كما في المبسوط وغيره كثير من الموات المتقدم

﴿ قوله ﴾ (ولو كان غائبا كان احق بها مادام قائماً بعمارتها فان تركها فبادت آثارها فأحياها غيره كان الثاني أحق وللامام بعد ظهوره رفع يده) كما صرح بذلك كله في التحرير وبمثله عبر في الشرائع والتذكرة في موضع منها والكفاية من دون تفاوت الا انه قيل فيها أي الثلاثة ملكها الثاني وقال في موضع آخر من التذكرة ولو كان غائبا كان أحق بها ولا يملكها فقد صرح بما هو الظاهر من بقية هذه الكتب وهو ان المحيي الاول والثاني لايملكان بل لهما أحقية بقرينة قولهم وللامام رفع يده بعد ظهوره وصاحب المسالك فسر عبارة الشرائع بأنهما لايملكان ملكا تاما قال ولو ملكاها ملكا تاما لم يكن للامام رفع يدهما (والحاصل) ان للامام رفع يد المحيي عنها سواء وجدها في يد الاول أو الثاني وظاهر الدروس التأمل في أصل الحكم قال وفي غيبة الامام يكون المحيي أحق بها مادام قائما بعمارتها فان تركها فزالت آثارها فلغيره احياؤها على قول فاذا حضر الامام فله اقراره وازالة يده ولعله يذهب الى التفصيل الذي سلف له وقد قالوا في هذه الارض التي جرى عليها ملك المسلم انها له ولورثته من بعده مادامت عامرة واختلفوا فيما اذا خربت وأحياها غيره في انه هل يملكها الثاني أم لا كما تقدم مفصلا وظاهرهم ان الملك تام بل ظاهر جماعة ان ذلك في حضور الامام فان كان الاول قد أحيى وملك باذن الامام كما استظهرناه فيما سلف وان المحيي الثاني لم يكن احياؤه باذن من الامام ولا من المالك فالقائلون بأنه يملك حينئذ به ملكا تاماً يسألون عن الفرق بينه وبين المحيي في حال الغيبة حيث قالوا انه لايملك أو ان ملكه متزلزل بل كان المحيي في الغيبة أولى بكون ملكه تاما لانه لايقدر على الاستئذان وان كان المحيي الاول في تلك ملك الملك التام من دون استئذان من الامام فبالاولى أيضاً أن يملك من احيي في حال الغيبة الملك التام (وبالجملة) هذا الموات في الاصل للامام فان كان احياؤه حال ظهوره فلابد من اذنه ليملكه المحيي وقضيته انه اذا خرب لايملكه الآخر اذا أحياه لان المفروض ان الاول ملكه باذن الامام والآخر لم يستأذنه وان كان احياؤه حال غيبته فقضية قولهم انه ملك الامام ان لا يملكه أحداً خصوصا الثاني (والحاصل) انه ان كان الموت سببا في التملك بالاحياء فهو قائم في الموضعين وان كان المانع حق الامام عليه السلام فهو موجود في الموضعين ثم انه قد يظهر من كلام هؤلاء ان هذا التفصيل مختص بالارض التي انقرض أهلها أو جهلوا فخربت دون غيرها من الموات والنصوص دالة على ان الجميع للامام وعلى ان من احيا ميتة في غير حق مسلم فهي له ولعلهم يقولون ان السبب في التملك زمن الحضور مركب من امرين الموت واذن الامام (١) فاذا وجدا ملك ولا يزول بالخراب وخلاف التذكرة الذي وافق فيه ما لكا منزل على حال الغيبة كما صرح به في موضعين آخرين منها كما عرفت

---

(١) اما الاول فللاخبار والاجماع واما الثاني فللاجماع وان خالف ظواهر الاخبار كما تقدم بيان ذلك كله (منه عفى الله تعالى عنه)

وماهو بقرب العامر من الموات يصح احياؤه اذا لم يكن مرفقاً للعامر ولا حريماً (الثاني) اليد (متن)

والا فهو شاذ نادر واما السبب فيه حال الغيبة فهو الموت ودليله ودليل التفصيل المذكور فيه عموم الاخبار السابقة وخصوص صحيحة ابي خالد الكابلي وليس في الرواية ظهور في حال الظهور كما توهم ذلك صاحب المسالك لقوله عليه السلام فيها حتى يظهر القائم وقد سمعتها آنفاً ويفهم منها ان القائم عليه السلام يتركها في ايديهم اذا قاموا له بالمقاطعة وقد تقدم بيانه في باب البيع والتخصيص بالارض الذي انقرض اهلها لعله لا وجه له كما ان ترتب الحكم في الاخبار والفتاوى على المحيي في اقرار يده وازالتها ليس قصراً للحكم بل من ترتبت يده على يده كوارثه ملحق به لمكان الاشتراك في المقتضي وهو التصرف في ملك الغير وهو الامام (ويبقى الكلام) في المشتري منه والمتهب ونحوهما فان ظاهرهم هنا عدم خروجها عن ملكهما ويمكن قصر ذلك على المشتري فتجعل رقبة الارض في مقابلة بذل الثمن دون المتهب فيلحق بالوارث بل يمكن قصره على المشتري من الامام في حال حضوره ومن الجائر في غيبته ولعل هذا اجود لانك قد عرفت حال الاجماع المحكي في التذكرة ﴿ قوله ﴾ (وماهو بقرب العامر من الموات يصح احياؤه اذا لم يكن مرفقاً للعامر ولا حريماً) كما في الشرائع والتذكرة والتحرير والمسالك والكفاية وجامع المقاصد وفي الاخيران هذا كالمستدرك لانه سيأتي ان من اسباب الاختصاص المانعة من الاحياء كون الموات حريماً لعامر فان المرفق وهو ما يرتفق به من جملة الحريم (قلت) قد ذكر ذلك في الكتب الثلاثة على نحو ما ذكر في الكتاب من كونه بعد المسئلة المتقدمة وقد نبها بذلك على خلاف ابي حنيفة وغيره لانه قد استفيد من الادلة السابقة عدم الفرق في احياء الموات بين القريب من العامر والبعيد عنه اذا كان صالحاً للاحياء لانه موات لم تتعلق به مصلحة العامر فجاز احياؤه كالبعيد ولان النبي صلى الله عليه وآله وسلم اقطع بلال ابن الحارث المزني العقيق وهو يعلم انه قريب من عمارة المدينة (وقال أبو حنيفة والليث) لا يجوز احياؤه اي القريب لانه في مظنة تعلق المصلحة فانه يحتمل ان يحتاج الى فتح باب في حائط الى فنائه فيجعله طريقاً أو يخرب حائطه فيضع آلات البناء عليه فلم يجز تفويت ذلك عليه وليس بشيء لانه يقضي بتقديم الموهوم على المعلوم لانه يستلزم ان يمنع من توهم الحاجة من هو في الضرورة والحاجة والفاصل بين القريب والبعيد انما هو العرف فليس لاهل القرية المنع من الموضع البعيد الذي لا يطرقونه الا نادراً للحطب والمرعى ولا المنع مما لا يضرهم مما يتطرقونه وان قرب (وحد) أبو حنيفة البعيد بأنه الذي اذا وقف الرجل في أدناه وصاح بأعلا صوته لم يسمع المصغي اليه (وحده) الليث بغلوة وهذا التحديد مختص بما قرب من المصر والقرية ولا يجوز ان يكون حداً لكل ماقرب من عامر لانه يقضي الى ان من أحيى ارضاً في موات حرم احياء شيء من ذلك الموات على غيره مالم يخرج عن ذلك الحد (واما الحريم) فقد عرفه الشهيد بانه الموضع القريب من موضع معمور يتوقف تمام انتفاع ذلك المعمور عليه ولابد لغير مالك المعمور عليه ظاهراً (والمرفق) كمسجد ومقعد ومنبر من جملة الحريم كما صرح به جماعة فيكون عطف الحريم عليه من عطف العام على الخاص وربما قيل ان الحريم مختص وان المرفق عام ولعله عرفاً غير تام ﴿ قوله ﴾ (الثاني اليد) يعني من أسباب الاختصاص اليد التي هي من موانع الاحياء فيكون انتفاؤها من شرائطه كما صنع جماعة كما عرفت فيما سلف وكما ستعرف وعلى كل حال لايشترط في الحكم لها العلم بالسبب الموجب لها بل يكفي عدم

فكل أرض عليها يد مسلم لا يصح احياؤها لغير المتصرف (الثالث) حريم العمارة (متن)

العلم بكونها ليست عن سبب مملك ولو علم اثبات اليد بغير سبب مملك ولا موجب أولوية فلا عبرة بها كما اذا استندت الى مجرد تغلب على الارض أو سبب اصطلاح أهل القرية على قسمة بعض المباحات الاصلية كما يتفق كثيرا كما صرح بذلك كله في المسالك والكفاية وكذا الروضة والرياض وقد نبه في الدروس وجامع المقاصد وترك الباقين لهذا القيد لوضوحه لأنه من الضروريات ان اليد المتغلبة ونحوها لاعبرة بها وانما قالوا يكفي في هذا الشرط أو السبب عدم العلم بكونها ليست عن سبب مملك لأنهم لو اشترطوا العلم بالسبب لاستغنى عن هذا الشرط لان أسباب الاختصاص ترجع الى باقي الشرائط ففائدة هذا الشرط مع الاشتباه ومنه يظهر الحال في عدم ذكر اليد في الشرائط كما صنع جماعة مستندين الى ان اليدان لم ترجع الى احد هذه الامور فلا معنى لها لان الفائدة تظهر مع الاشتباه كما عرفت والضابط (فالضابط خ ل) في هذا الشرط مجرد ثبوت يد محترمة وان لم يعلم وجود سبب الملك وهو أي الشرط مبني على ماسبق من عدم بطلان الملك بالموت مطلقا أي في زمن الغيبة أو الحضور سواء كان الملك بالشراء أو الاحياء كما في الروضة لكن في الحواشي ان المراد باليد اليد المصاحبة للاحياء أو العمارة ولو بالتلقي ممن فعل ذلك أو أرض أسلم عليها أهلها طوعا لامطلق اليد وقال في (التذكرة) في هذا الشرط أنها لو اندرست العمارة لم يجز احياؤها لأنها ملك لمعين على خلاف تقدم فجعل الحال في هذا الشرط مع الاندراس مبنيا على الخلاف السالف ونحوه مافي الدروس (وليعلم) انه في التحرير والدروس التعبير عن هذا الشرط بأن لايكون مملوكا لمسلم الى آخره وقد جمع بينهما في اللمعة والروضة كالكتاب لان العبارة في عبارة الكتاب عبارة عن ان لاتكون مملوكة لمسلم فيفرق بينهما بالاولوية كالتحجير اذ لاملك هنا ﴿ قوله ﴾ ﴿ فكل أرض عليها يد مسلم لايصح احياؤها لغير المتصرف ﴾ كما في الشرائع والتذكرة وجامع المقاصد والمسالك والروضة وكذا الارشاد واللمعة والكفاية والمفاتيح مع جعل انتفائها شرطاً في التملك بالاحياء في الجميع عدا جامع المقاصد وقد عبر عن هذا الشرط في التحرير والدروس بأن لايكون مملوكا لمسلم كما عرفت ولم يذكر هذا الشرط بمنعيه فيما عدا ماذكر وفي حكم المسلم المسالم كما في الارشاد والدروس والمسالك والمفاتيح والكفاية حيث قيل فيها لمسلم أو مسالم وهو معنى قوله في الروضة يد محترمة ﴿ قوله ﴾ ﴿ الثالث حريم العمارة ﴾ هذا هو السبب الثالث من أسباب الاختصاص المانعة من احياء الموات وقد عد عدمه شرطا في التملك بالاحياء في الشرائع والنافع والتذكرة والتحرير والارشاد واللمعة والدروس وسائر ماتأخر وهو معنى مافي المبسوط والمهذب والجامع من انه في حكم العامر وفي (جامع المقاصد) الاجماع عليه وفي (المسالك والمفاتيح وكذا الرياض والكفاية) لاخلاف فيه وقال في (التذكرة) لانعلم خلافا بين علماء الامصار ان كل مايتعلق بمصالح العامر كالطريق والشرب ومسيل ماء العامر ومطرح قمامته وملقى ترابه وآلاته أو بمصالح القرية كفنائها ومرعى ماشيتها ومحتطبها ومسيل مياهها لايصح لاحد احياؤه ولا يملك بالاحياء وكذا حريم الآبار والانهار والحائط والعيون وكل مملوك لايجوز احياء مايتعلق بمصالحه لقوله عليه السلام من أحيى ميتة في غير حق مسلم فهي له اذ مفهومه ان مايتعلق به حق مسلم لايملك بالاحياء ولانا لوجوزنا احياءه أبطل الملك في العامر على أهله وهذا مما لاخلاف فيه انتهى والخبر وان لم نجده في اخبارنا لكنه قد استدل به أصحابنا ومبنى الاستدلال

على ان الكامة متفقة على أنه حق مسلم والكلام في انه يجوز احياؤه أم لا فليس لك ان تقول ان الشأن والتأمل انما هو في كونه حق مسلم وأما الكبرى فمسلمة وأشار بالاخير الى لزوم الضرر (وقد يستدل) عليه بالاصل واختصاص النصوص الدالة على تملك الارض بالاحياء بغير هذه الاراضي لمكان التبادر وقد يقضي كلامهم في هذا الشرط ان أهل البلدان الكبار والمدن المتسعة نزلوا فيها دفعة واحدة وان القرية الصغيرة لا يتصور اتساعها وذلك غير معلوم الوقوع ولا الحكم بل الحكم الواقع في الوقوع على خلاف ذلك يأتي الرجل فيحيي ما يقرب من القرية ويجعلون الحريم من ورائه وهلم جرا ولعله لذلك قال في المفاتيح قيل الحريم للقرى ماحوالبها الى آخره والتوجيه بأنه انما يمنع المحيي من القدر الذي تتوقف عليه الحاجة وتندفع به وأما ما زاد على ذلك فيجوز احياؤه لا يجدي لانه يقضي بان يكون بين المحلة والمحلة في البلدان الكبار مقدار مرعى الماشية ومحتطب اهلها وهو قد يبلغ الفرسخ أو يزيد عنه والواقع خلافه فلا بد ان يقال ان الاحياء بالبناء قد يكون مبنيا على المنع والاقتصار كما في القرى الصغار التي ليس لها الا اراض يسيرة لا ينتفع بها الا اهلها الذين نزلوا بها دفعة فهؤلاء حريم قريتهم مرعى ماشيتهم ونحوه وقد يكون مبنياً من أول الامر على خلاف ذلك كما في المدن الكبار يأتي الرجل فيجعل الحريم المتعلق بالاحتطاب والاحتشاش ومرعى المواشي ونحو ذلك من ورائه ويجعل ما عدا ذلك كمطرح القمامة وملقى التراب بين ذلك لانهم وقت الاحياء ما قصدوا تملك الحريم ولا كذلك أهل القرى الصغار اذ الحريم الذي تتوقف عليه الحاجة مملوك عندنا كما صرح به في المبسوط والمهذب والوسيلة والسرائر وجامع الشرائع والشرائع والتحرير والايضاح في آخر كلامه في مسئلة حريم الشرب وفي (المسالك والكفاية) انه الاشهر لكن ظاهر جماعة انه غير مملوك وأنما هو حق من الحقوق بل كاد يكون صريحهم خصوصا المبسوط في عدة مواضع غير ماذكرنا بل يظهر من الايضاح في أول كلامه في مسئلة الشرب ان ذلك من المسلمات بل قد يظهر ذلك أيضا من الحواشي (وقد يستدل) على الاول باطلاق الاخبار الواردة بثبوت الشفعة ببيع الطريق المشترك كما نبه عليه في المسالك واستدل عليه في التذكرة بانه مكان استحقه بالاحياء فملك كالمحيي وان معنى الملك موجود فيه لانه يدخل مع المعمور في بيعه وليس لغيره احياؤه ولا التصرف فيه بغير اذن المحيي والاولى الاحتجاج عليه بما رواه ثقة الاسلام والشيخ عن أحمد عن البزنطي عن محمد بن أحمد بن عبد الله والظاهر انه ابن مهران بن خانبه الثقة فيكون الحديث صحيحا قال سألت الرضا عليه السلام عن الرجل تكون له الضيعة ويكون له حدود تبلغ حدودها عشرين ميلا وأقل وأكثر يأتيه الرجل فيقول له اعطني من مراعي ضيعتك واعطيك كذا وكذا درهما فقال اذا كانت الضيعة له فلا بأس ومثله صحيحة ادريس بن يزيد ان كان متحداً مع ابن زياد والا فهو مجهول (وقد استدل) بعض العامة على الثاني حيث ذهب اليه بان الملك يحصل بالاحياء ولم يوجد فيها احياء (وأجاب) عنه في التذكرة بمنع المقدمتين لانا لا نشترط في تحقق الاحياء مباشرته كل جزء من المحكوم باحيائه الا ترى ان عرصة الدار تملك ببناء الدار وان لم يوجد في نفس العرصة احياء والاحياء تارة يكون بجعله معمورا وأخرى بجعله تبعا للمعمور وتظهر فائدة القولين في بيع الحريم منفردا فيجوز على الاول دون الثاني وكيف كان فالملك في الحريم ليس نحو سائر الاملاك لان كثيرا من لوازم الملك منتفية فيه ولانه تارة يوجد وتارة يذهب كما أوضحنا ذلك في الطريق المرفوع في باب الصلح مع انه أقرب الى سائر الاملاك من مرعى الماشية والمحتش والمحتطب ونحو ذلك من الحريم في الباب

فاذا قرر الصلح لاربابه لم يصح احياء ما حواليه من الموات من مجتمع النادي ومرتكض الخيل ومناخ الابل ومطرح القمامة وملقى التراب ومرعى الماشية وما يعد من حدود مرافقهم وكذا سائر القرى للمسلمين والطريق والشرب وحريم البئر والعين ويجوز احياء ما قرب من العامر مما لا يتعلق به مصلحته وحد الطريق لمن ابتكر ما يحتاج اليه في الارض المباحة خمس اذرع وقيل سبع فيتباعد المقابل ذلك (متن)

﴿ قوله ﴾ (فاذا قرر البلد بالصلح لاربابه لم يصح احياء ماحواليه من الموات من مجتمع النادي ومرتكض الخيل ومناخ الابل ومطرح القمامة وملقى التراب ومرعى الماشية ومايعد من حدود مرافقهم وكذا سائر القرى للمسلمين) ذكر أولا عدم صحة احياء حريم البلد المقرر بالصلح لانه اذا أثبت الحكم ههنا ثبت بالاولى في قرى المسلمين والمراد بمجتمع النادي مجتمع القوم قال في (الصحاح) الندي على فعيل مجلس القوم ومتحدثهم وكذلك الندوة والنادي والمنتدي فان تفرقوا فليس بندي فعلى هذا اذا أضيف اليه مجتمع أريد بالنادي نفس القوم ومما يعد من المرافق المحتطب والمحتش اللذان جرت العادة بالوصول اليهما وملعب الصبيان ومطرح الرماد والثمار ﴿ قوله ﴾ (والطريق والشرب وحريم البئر والعين) أي من حريم العامر وحدود مرافقه الطريق اليه وشربه وحريم بئره وعينه ﴿ قوله ﴾ (ويجوز احياء ما قرب من العامر مما لا يتعلق به مصلحته) قد تقدم الكلام فيه في آخر الكلام في السبب الاول ﴿ قوله ﴾ (وحد الطريق لمن ابتكر ما يحتاج اليه في الارض المباحة خمس أذرع وقيل سبع فيتباعد المقابل ذلك) أي حد الطريق الثابت لمن ابتكر شيئاً يحتاج الى الطريق من مسكن ونحوه في أرض مباحة خمس أو سبع فيجب على من يأتي بعد هذا المبتكر يريد احياء ما حوله ان يتباعد عنه هذا المقدار وان لم يكن حصل استطراق فيكون تقدير الطريق انما هو بالنسبة الى الذي أتى بعد المبتكر وتأخر احياؤه عن احيائه وقد عبر المصنف وغيره بالمقابل ومثلها عبارة الشرائع وقد تمطيان ان هذا حد طريق خاص وهو طريق المبتكر في الاملاك ونحوها وفي (جامع المقاصد) أنه غير مراد قطعا من عبارة الكتاب لانه بصدد بيان حد الطريق مطلقا ولا يستقيم معنى فيتباعد المقابل ذلك الا بتكلف كثير وقال في (المسالك) ان في الارشاد حد الطريق المبتكر فجعل الابتكار صفة للطريق لا لشيء يحتاج الى الطريق وليس بجيد اذ لا يشترط في الطريق ان يكون مبتكراً بل لو كان هناك طريق في ارض متسعة فعلى من يريد احياء ماحوله استثناء ذلك القدر انتهى (قلت) اذا أراد احياء ما حول الطريق في الارض المتسعة كان مبتكراً بل يصح احياؤه وتغييره والتوصيف المذكور انما هو في النافع والتبصرة لا في الارشاد اذ الموجود فيه في نسخ كثيرة صحيحة حد الطريق في المبتكر وقد شرح في الرياض عبارة النافع فقال المراد بالطريق المبتكر الملك المحدث كما في نسختين منه والطريق يذكر في لغة نجد ويؤنث في لغة الحجاز وهذا فيما اذا لم يتفق المبتكر والمقابل على اقل من التصايين في الطريق الخاص المنحصر والا جاز كما هو المشاهد في بعض الازقة والقول بالخمس خيرة الشرائع والنافع والارشاد والمقتصر وفي (كشف الرموز والمهذب البارع والمفاتيح) ان روايته اصح طريقا وفي (الحواشي والارشاد) نسبته الى الا كثر وفي (الايضاح) الى كثير والمفتي به من

عرفت وما حكي في المختلف والدروس عن احمد وانما قال في الاول قيل وقال في الثاني انه ضعيف والقول بالسبع خيرة الشيخ في النهاية والقاضي والتقي فيما حكي عنهما والسرائر وجامع الشرائع والتذكرة والتحرير والتبصرة والمختلف والايضاح والدروس والحواشي وجامع المقاصد والمسالك والرياض وحكاه الشهيد في حواشيه عن المبسوط وقد نسب الى الشيخ واتباعه في التنقيح والكفاية ولم اجده في المهذب و لوسيلة ولا ترجيح في الحواشي والتنقيح (حجة الخمس) مارواه في التهذيب في الموثق عن البقباق عن أبي عبد الله عليه السلام قال اذا تشاح قوم فقال بعضهم سبع أذرع وقال بعضهم أربع اذرع فقال ابو عبد الله عليه السلام بل خمس اذرع ولا يخفى مافي متنه وربما استدل عليه باصالة البراءة متعضدا بالعمومات الدالة على جواز تملك الموات بالاحياء خرج عنه الخمس بالاجماع و بقي الباقي ومعنى اصالة البراءة ان الاصل براءة ذمة المحيي من وجوب اجتناب احياء مازاد على الخمس والمستدل بالاصل صاحب المسالك وقد سهى القلم في الرياض في بيان معناه وفي الاستدلال بالعمومات (١) ومستند السبع رواية مسمع عن أبي عبد الله عليه السلام قال الطريق اذا تشاح عليه أهله فحده سبع أذرع ومثله رواية السكوني الذي حكى الاجماع على العمل بروايته الشيخ فى العدة وليس في الطريق من يتأمل فيه غيره ورواه العامة عن النبي صلى الله عليه وآله وسلم قالوا انه قال اذا اختلفتم في الطريق فاجعلوه سبع أذرع فهذه الاخبار معتضدة بالشهرة المعلومة وعمل من لا يعمل الا بالقطعيات مع موافقة الاعتبار لان الضرورة تدعو غالبا الى السبع فلا ينبغي في الحكمة تحديدها بالخمس ولم يذكر في الخلاف ولا التذكرة قول العامة فى المسئلة وقد عرفت ان الشهيد رمى القول الاول بالضعف ولعله لعدم اتساق متن خبره وقوة أدلة السبع فى نظره وقد قال في (جامع المقاصد) وقد ينزل خبر البقباق على ما اذا لم تدع الحاجة الى أزيد من الخمس ان لم يلزم من ذلك احداث قول ثالث فان لزم فالعمل على السبع وقد مال اليه الشهيد الثاني فجعل الطريق للاملاك الخمس وللقوافل السبع جمعاً بين الاخبار وزاد فقال وقد يفرض احتياج بعضها الى أزيد من السبع كالطريق الذي يمر عليه الحاج بالكنائس ونحوها فيجب مراعاة قدر الحاجة بالنسبة الى الزائد على المقدار اما النقصان عنه فلا ونفى عنه البعد فى الكفاية ومال اليه صاحب المفاتيح (وفيه) انه اذا لم تدع الحاجة ولم يتشاحا فانه يجوز جعله ابتداء أنقص من الخمس فى المنحصر والقول الثالث انما يجيء فيما اذا تشاحا وان لم تدع الحاجة أودعت الحاجة وان لم يتشاحا في غير المنحصر الى الازيد وهذا انما يرد به مافي جامع المقاصد وأما مافي المسالك ففيه مع مايلزمه على اطلاقه من احداث القول الثالث لانه قد استقر الخلاف على القولين وكأنه مما لاريب فيه انه لاشاهد على هذا الجمع هذا وفي (المسالك) لو زادوها على السبع واستطرقت صار الجميع طريقا فلا يجوز احداث مايمنع المارة في الزائد (قلت) الظاهر الجواز كما هو نص الدروس وفي (الموثق) عن أبي عبد الله عليه السلام قلت له الطريق الواسع هل يؤخذ منه شيء اذا لم يضر بالطريق قال لا ولا يمكن حمله على ما اذا كان سبعا ولا تزول حرمتها باستيجامها

---

(١) لانه قال المراد اصالة براءة ذمة المانع للآخر عن الزائد عن تحريم المنع فيجوز له دفعه عنه وهو كما ترى سهو فاحش على ان أصل البراءة انما يتمسك به في رفع الوجوب لا في رفع التحريم وانما ذلك أصل الاباحة وقال في بيان الاستدلال بالعمومات انها دالة على جواز تملك الموات بالاحياء خرج عنها الزائد على السبع فيما لايحتاج اليه بالاجماع وبقي الباقي وهو أفحش من الاول (منه عفي الله عنه)

وحريم الشرب مقدار مطرح ترابه والمجاز على طرفيه ولو كان النهر في ملك الغير فتداعيا الحريم قضي له مع يمينه على اشكال (متن)

وانقطاع المرور عليها لانه يتوقع عوده نعم لو استطرقت وأدى ذلك الى الاعراض عنها بالكلية أمكن جواز احياء الاولى خصوصا اذا كانت الثانية أخص وأسهل ولا فرق بين الطريق العام وما يختص به أهل قرية في ذلك كله نعم لو انحصر أهل الطريق فتفقوا على اختصاره أو تغييره أمكن الجواز والوجه المنع لانه لاينفك عن مرور غيرهم عليه ولو نادر كما نص على ذلك كله في الدروس ولا ينافي ماتقدم لان هذا مفروض بعد تحريره واستطراقه فتأمل وقد قال أيضا في الدروس انه لوجعل المحيون الطريق أقل من سبع فللامام الزامهم بالسبع والملزوم انما هو صاحب الاحياء ثانيا ولو تساويا الزما انتهى وهذا في الطريق الغير المنحصر فلا تنافي بين كلاميه ولا ينافي المختار والتقييد بالارض المباحة لتخرج الاملاك المعمورة لانها متعارضة اذ ليس جعل موضع حريما لدار اوغيرها أولى من جعله حريما للاخرى فلكل من الملاك التصرف في ملكه كيف شاء لان من الممكن شروعهم في الاحياء دفعة فلم يكن لاحدهم على الآخر حريم ﴿قوله﴾ ﴿وحريم الشرب مقدار مطرح ترابه والمجاز على طرفيه﴾ كما في الشرائع والتذكرة والتحرير والارشاد والدروس وجامع المقاصد والمسالك والكفاية وهو معنى ما في المبسوط والمهذب وجامع الشرائع وقد روى الكاشي فيما رفعه ان حريم النهر حافتاه وما يليها ووجهوه بانه يحتاج الى تنقيه ليجري فيه الماء فيحتاج الى اخراج ترابه فيحتاج الى موضع يوضع فيه التراب ويحتاج مالكه الى المشي على حافته للانتفاع به ولاصلاحه اما فوق التراب المرفوع أو بدونه على قدر ما يحتاج اليه الحال عادة والشرب بكسر اوله الحظ من الماء والمراد به هنا النهر والقناة ونحوها مما يجري فيه الماء ﴿قوله﴾ ﴿ولو كان النهر في ملك الغير قضي له مع يمينه على اشكال﴾ أي قضي لصاحب النهر على اشكال أيضا وتردد عند المصنف في التذكرة والتحرير وعند المحقق في الشرائع والخراساني في الكفاية قال في (الشرائع) قضي له به لانه يدعي ما يشهد به الظاهر وفيه تردد ومثله ما في التذكرة من دون تفاوت فينبغي ان تكون عبارة الكتاب كذلك فيكون الضمير في له فيها راجعا الى صاحب النهر وقد ارجعه في جامع المقاصد الى الغير الذي هو صاحب الملك وبين المعنيين فرق لانه على ما فسرناها به يكونون مائلين الى انه لصاحب النهر وعلى ما في جامع المقاصد يكون المصنف في الكتاب مائلا الى انه لصاحب الملك وقد قواه هو والشهيد في حواشيه وفي (المسالك) انه لا يخلو من قوة و(قد احتج عليه) في المسالك بأن يد مالك الارض على ملكه الذي من جملته موضع الحريم وهو مانع من اثباته ومن ثم لم يثبت الحريم للاملاك المتجاورة (واحتج) في جامع المقاصد بأن ثبوت الحريم للنهر موقوف على التقدم في الاحياء أو المقارنة وكلاهما غير معلوم واحتج ايضا في جامع المقاصد بان سبب استحقاق الحريم غير معلوم ولا يد لصاحب النهر الا على النهر وانما اليد لصاحب الارض وهو اقوى من اقتضاء النهر الحريم على بعض الحالات فلا يترك المعلوم بالمحتمل وهو الذي عناه في المسالك (واستدل عليه) في الايضاح والحواشي بانه قد تعارض الحق والملك والملك أقوى (١) وزاد في الاول أن الاصل عدم استحقاق حق في ملك لغير مالكه

---

(١) وهذا يقضي بأن الحريم غير مملوك (منه)

وحريم بئر المعطن أربعون ذراعا (متن)

فكلام مالك الملك يوافق الاصـل فهو المنكر وقال في توجيه الوجه الآخر أن الحريم لازم للنهر لاينفك عنه غالبا وثبوت الملزوم يستلزم ثبوت الملازم فمالك الارض يخالف الظاهر قال فالاشكال ينشأ من تفسير المدعي (قلت) ان قلنا بان الحريم مملوك كانت يد صاحب النهر عليه فيقدم قوله لان كان ذايد كما في الايضاح وان قلنا انه حق فكذلك لتوقف غاية ملكه للنهر على تنقية ترابه واخراجه والمشي على حافته فيساوي الملك وتمنع ثبوت اليد لصاحب الارض على الحريم في اكثر الحالات ولعله لذلك ميل اليه في الشرائع والتذكرة والتحرير وهو قوي جداً فتـأمل ﴿ قوله ﴾ (وحريم بئر المعطن أربعون ذراعا) عند علمائنا كما في التذكرة وعليه عمل الاصحاب كما في التنقيح وهو المشهور كما في المختلف والتنقيح ايضاً وجامع المقاصد والمسالك والكفاية والمفاتيح والرياض وفي (الشرائع) انه أشهر وفي (الخلاف) الاجماع على ان حريم البئر أربعون ذراعا فيتناوله اطلاقه وقال في (الغنية) روى أصحابنا أن حد ما بين بئر المعطن الى بئر المعطن اربعون ذراعا وما بين بئر الناضح ستون وما بين بئر العين الى بئر العين في الارض الصلبـة خمس مائة ذراع وفي الرخوة الف ذراع وعلى هذا لو اراد غيره حفر بئر الى جانب بئره ليسوق منها الماء لم يكن له ذلك بلا خلاف ولا يجوز له الحفر الا أن يكون بينهما الحد الذي ذكرناه انتهى و به أي الحـكم صرح في النهاية والسرائر وجامع الشرائع والشرائع والنافع والتذكرة والتحرير والارشاد والتبصره والمدروس واللمعة والتنقيح وجامع المقـاصد والروضه وحكي في المسالك عن بعضهم جعل حريم البئر ما يحتاج اليه وكأنه مال اليه فيه وفي (المفاتيح) أنه أظهر ونسبه في الـكفاية الى ابي علي والمحـكي عنه في المختلف أنه قال ولو كان بقرب المـكان الذي يريد الحافر حفر البئر فيه بئر عادية محفوره قبل الاسلام وماؤها مانع (١) يمكن شر به بالنزع فقدروي عن رسول الله صلى الله عليه وآله وسلم انه قال حريم البئر اذا كانت حفرت في الجاهلية خمسون ذراعا وان كانت حفرت في اول الاسلام فحريمها خمس وعشرون ذراعا وستسمع ما حكي في المختلف عنه في بئر الناضح وما حكاه في المسالك عن بعضهم على طوله قائما « هو ظ »مذهب الشافعي بتمام كلامه وليس لاحد منا والباعث على هذا القول الجمع بين الاخبار ففي (الصحيح) ان حريم البئر العادية أربعون ذراعا حولها وفي رواية اخرى خمسون ذراعا الا أن تكون الى عطن أو طريق فتكون اقل من ذلك الى خمس وعشر ين ذراعا وستسمع خبر السكوني ومرسل الفقيه(وفيه) انه لا شاهد عليه من نص ولا العادة على ان الجمع فرع التكافؤ وهو منتف هنا من وجوه ولم يتعرض لهذا البئر في المقنعة والمبسوط والمهـذب والمراسم والوسيلة لكن في المبسوط والمهـذب ماله نفع تام في المقام كما ستسمعه (سمعته خ ل) قريبا ودليل ما عليه الاصحاب الخبر الذي في طر يقه سهل والسكوني فيكون قو يا على رأي عن ابي عبدالله عليه السلام قال قال رسول الله صلى الله عليه وآله وسلم ما بين بئر المعطن الى بئر المعطن أر بعون ذراعا وما بين بئر الناضح الى بئر الناضح ستون ذراعا وما بين العـين الى العين خمسمائة ذراع وحكي عن قرب الاسناد انه روى مثل ذلك الا انه زيد فيها وحريم البئر المحدثة خمسة وعشرون وقد سمعت ما في الغنية من نسبة ذلك الى روا ية اصحابنا وارسل في الفقيه أنه قضى رسول الله صلى الله عليه وآله ان

(١) كذا وجد ولعل الصواب سائغ (مصححه)

والناضح ستون والعين الف في الرخوة وخمسمائة في الصلبة (متن)

البئر حريمها اربعون ذراعا لا يحفر الى جنبها بئر اخرى لعطن أو غنم ﴿ قوله ﴾ ﴿ والناضح ستون ﴾ عند علمائنا كما في التذكرة وعليه عمل الاصحاب كما في التنقيح وقد سمعت ما في الغنية وهو المشهور كما في المختلف والكتب الستة المذكورة وفي (الشرائع) انه اشهر وبه صرح في النهاية وما ذكر بعدها وقد سمعت ما في الخبرين وفي (المبسوط) قد روى أصحابنا ان حد البئر الناضح أربعون ذراعا وروي ستون وروي أن حد القناة الف ذراع في الرخوة وفي الحزبة خمس مائة ذراع وقول النبي صلى الله وآله البئر أربعون ذراعا يوافق ما قلناه فاذا حفر بئرا في موات ملكها فاذا أراد غيره أن يحفر بجنبها بئراً ليسرق(١) ماءها لم يكن له ذلك ومنع منه بلا خلاف ونحوه ما في المهذب من دون تفاوت الا بقوله وروي ستون فانه ليس في المهذب وحكى في المختلف عن أبي علي أنه قال لو كان البلاد مما لا يسقى الماء فيها الا بالناضح كان حريم بئر الناضح قدر عمقها من الناضح وقد جاء في الحديث عن رسول الله صلى الله عليه وآله أن حريم بئر الناضح ستون وقد يحتمل ذلك قدر عمق الابار في تلك البلاد التي حكم بذلك فيها ثم قال لا باس بقول ابن الجنيد وتأويله وقد سمعت ما حكى في المسالك عن بعضهم وما في الكفاية والمفاتيح وعرفت الحال فيه والحريم لهذا البئر و بئر المعطن من جميع الجوانب كما هو صريح الاجماع وظاهر آخرين وفائدة الحريم فيهما منع الغير من احياء ذلك المقدار مطلقا حتى الزرع والشجر لان الغرض منه الانتفاع بالبئر فيما اعد له وما يحتاج اليه لكن ظاهر بعض النصوص والفتاوي ان ذلك انما هو للمنع من حفر بئر اخرى كما هو الشان في العين والاظهر ما قلناه ثم أن ذلك في الموات لا في الاملاك لان الملاك في الاملاك مسلطون على اموالهم كما يأتي في كلام المصنف وفرق في السرائر بين البئرين بان تلك يستقى منها باليد ولا يحتاج الى الناضح لانه قل ما يؤخذ منها وهذه يوخذ منها ماء كثير يحتاج اليه للزرع فيستقى عليها بالناضح ﴿ قوله ﴾ ﴿ والعين الف في الرخوة وخمس مائة في الصلبه ﴾ باجماع الفرقه واخبارهم كما في الخلاف وعند علمائنا كما في التذكرة وعليه عمل الاصحاب كما في التنقيح وحكى عليه اطباق الاصحاب في جامع المقاصد ونسبه في المسالك تارة الى اطلاق الاصحاب واخرى الى الاشهر وفي (الشرائع) أيضاً انه أشهر وهو المشهور كما في المختلف وما ذكر بعده فيما تقدم وقد سمعت ما في الغنية وبه صرح في النهاية وما ذكر بعدها أيضا مع زيادة المبسوط والمهذب (حجة الاصحاب) بعد الاجماع والاخبار المرسلة في الخلاف وان التحديد اضبط واقوى في رفع النزاع ما رواه المشائخ الثلاثة عن ابي عبد الله عليه السلام قال يكون بين البئرين اذا كانت ارضا صلبة خمسمائة ذراع وان كانت ارضاً رخوة فالف ذراع وعليه ينزل اطلاق ما دل على الفصل بالخمسمائه بان يقيد بما اذا كانت صلبه وحده الاسكافي بما ينتفي معه الضرر وقد استجوده في المختلف واستظهره في المسالك واستقر به في الكفاية واعتمده في المفاتيح جمعا بين ما دل على نفي الضرر وعلى جواز الاحياء من غير تحديد لضعف اخبار المشهور ولشهادة الصحيح الذي رواه الكليني عن محمد بن يحيى العطار عن محمد بن الحسين قال كتبت الى أبي

(١) كذا في النسخ اعني بالراء المهملة وكذا في نسختي في المبسوط ايضاً وتقدم في الشرح الذي قبل هذا نظير هذه العبارة عن الغنية وفيها هذه الكلمة بالواو وكذا في نسختي من الغنية ولكن في نسخة من هذا الكتاب كانت بالراء والذي أظنه أن الصواب في العبارتين ليسوق بالواو والراء تصحيف (محسن)

وحريم الحائط في المباح مقدار مطرح ترابه لو استهدم وللدار مطرح ترابها ومصب الميزاب والثلج والممر في صوب الباب هذا في الموات (متن)

محمد عليه السلام رجل كانت له قناة في قرية فاراد رجل ان يحفر قناة اخرى الى قرية اخرى كم يكون بينهما في البعد حتى لا يضر بالاخرى في ارض اذا كانت صلبة أو رخوة فوقع عليه السلام على حسب ان لا تضر احدهما بالاخرى ان شاء الله تعالى ونحوه ما في التهذيب والفقيه عن محمد بن علي ابن محبوب قال كتب رجل الى الفقيه عليه السلام في رجل الحديث بادنى تفاوت في الالفاظ مضافا الى ما تضمنه ذيل خبر المشهور مع انه انما ورد في البئرين دون القناتين فان ذيله يشعر بما ذكره ابو علي ومن وافقه قضى رسول الله صلى الله عليه وآله وسلم في رجل احتفر قناة واتى لذلك سنة ثم ان رجلا احتفر الى جانبها قناة فقضى ان يقاس الماء بجوانب البئر ليلة هذه وليلة هذه فان كانت الاخيرة اخذت ماء الاولى عورت الاخيرة وان كانت الاولى اخذت ماء الاخيرة لم يكن لصاحب الاخيرة على الاولى (وفيه) ما مر من ان اخبار المشهور أقوى من وجوه فكيف يعرض عنها بالكلية ويستند الى غيرها واعراض الاصحاب عن الصحيح المروي في الكافي الى صدر الضعيف معرضين أيضا عن ذيله في الفقيه فقط مما يوهن الصحيح ويوجب عدم الالتفات الى ذيل الضعيف والمراد بالبئر هنا العين بل هي معدودة في باب المياه من اقسام البئر سلمنا لكن القرينة ها موجودة على ان الشهرة تجبر الدلالة كما تجبر السند وكأن صاحب التنقيح لم يظفر الا بخبر ابن محبوب فطعن فيه بأنه مشتمل على كتابة رجل مجهول قال وكل من الكتابة وجهالة الراوي موجب للضعف وقد عرفت ان خبر الكليني خال عن جهالة الكاتب وقد تقرر في محله ان جهالته لا تضر بعد نقل الثقة كتابته والتوقيع وفائدة الحريم هذا المنع من احداث عين اخرى ولا يمنع من سائر الانتفاعات نعم يستثنى لها قدر ما تحتاج اليه للانتفاع بها عرفا بخلاف حريم البئر كما قد عرفته آنفا وقد نص على ذلك كله جماعة من المتأخرين وكله موافق للاعتبار وبعضه يستفاد من الاخبار ﴿ قوله ﴾ ﴿ وحريم الحائط في المباح مقدار مطرح ترابه لو استهدم ﴾ عندنا كما في التذكرة وبه صرح في الشرائع والتحرير والارشاد واللمعة وجامع المقاصد والمسالك والروضة والكفاية والمفاتيح فبعض عبر كالكتاب وبعض عبر بمطرح الآلة من حجر وتراب وغيرهما ومن خص التراب نظر الى ان الحائط يكون منه غالبا وكيف كان فالوجه فيه ان الحاجة تمس اليه عند سقوطه والحائط اسم مشترك بين الجدار والبستان وكلاهما مراد في كلامهم وظاهر الدروس ان لا حريم للحائط لانه لم يذكره وانما ذكر ان لصاحب الداران يمنع من يحفر بقرب حائطه في المباح بئرا أو نهرا يضران بحائطه أو داره ﴿ قوله ﴾ ﴿ وللدار مطرح ترابها ومصب الميزاب والثلج والممر في صوب الباب ﴾ قد صرح في الدروس وجميع ما تقدم باثبات حريم للدار عدا الشرائع والمسالك والكفاية والمفاتيح فان ظاهرها التردد حيث نسب ذلك فيها الى القيل بل زيد في الثلاثة الاخيرة ان بعضهم منع من اثبات حريم للدار ولم نجد ذلك لاحد من اصحابنا وانما هو لبعض الشافعية مع ان في المسالك والكفاية ان القول بأن لها حريما هو المشهور بين الاصحاب بل كثير منهم لم يذكر فيه خلافا لان ذلك مما تحتاج اليه الدار عادة ووجه القيل ان كان فيما أنه لا دليل على ذلك بل فعل الناس في سائر البلدان يدل على خلاف ذلك اذ يبعد اتفاقهم على الاحياء دفعة فاذا

ولا حريم في الاملاك لتعارضها ولكل واحد ان يتصرف في ملكه كيف شاء ولو تضرر صاحبه فلا ضمان فلو جعل ملكه بيت حداداو قصار او حمام على خلاف العادة فلا منع (متن)

أراد انسان أن يحيي بجنبها لم يلزمه أن يبعد عن بنائها نعم له منع مايضر الحيطان كحفر بئر بقربها (وفيه) أنه لادلالة في فعل الناس على أنه وغيره قد جزموا فيا يأتي بما استبعده ولا ينبغي لمن اثبت للحائط باحد منيه حريما أن يرتاب في ثبوته للدار وحينئذ فيضم الى حريمها حريم حائطها ويكتفي في صوب الباب بما يمكن فيه التصرف في حوائجه فليس له منع المحيي عن كل الجهة التي في صوب الباب وان افتقر اي الاول في السلوك الى ازورار (وقال المحقق الثاني) والشهيد الثاني وغيرهما ينبغي تقيده بما اذا لم يحصل ضرر كثير عادة كاستدعائه افراط طول الطريق ونحوه وفي التقدير هنا بنصاب الطريق نظر من التسمية ومن توهم اختصاص التقدير بالطريق العام وقد تقدم الكلام في ذلك ﴿ قوله ﴾ (ولا حريم في الاملاك لتعارضها ولكل واحد أن يتصرف في ملكه كيف شاء ولو تضرر صاحبه فلا ضمان فلو جعل ملكه بيت حداد أو قصار أو حمام على خلاف العادة فلا منع) كما في المبسوط والمهذب والغنية والسرائر والتذكرة والتحرير والدروس وجامع المقاصد والمسالك ونحوه ما في الشرائع والروضة والمفاتيح والكفاية وفي الاخير انه المعروف من مذهب الاصحاب وفي (المبسوط والغنية والسرائر) أنه لاخلاف في انه لا يمنع من جميع ذلك وقيد عدم المنع في التذكرة بما اذا احتاط واحكم الجدران بحيث يليق بما قصده قال فلو فعل مايغلب على الظن انه يؤدي الى خلل في حيطان جاره فاظهر الوجهين عند الشافعيه الجواز كما اذا كان يدق الشيء في داره دقا عنيفاً فينزعج منه الحيطان أو حبس الماء في ملكه بحيث تنتشر منه النداوة الى حيطان جاره ثم قال والاقوى ان لارباب الاملاك التصرف في املاكهم كيف شاؤا وتردد في جامع المقاصد في المنع وفي الضمان اذا فعل وكان يغلب على ظنه ذلك ووقع خلل في حيطان جاره وقال في (الكفاية) يشكل جواز ذلك بما اذا تضرر الجار تضرراً فاحشاً أي كما اذا حفر في ملكه بالوعه وفسد بها بئر الجار وكما لو أعد حانوته في صف العطارين حانوت حداد او جعل داره مطبخة للآجر أو مدبغة (ونحن نقول) لا معنى للتأمل والاشكال بعد اطباق الاصحاب عليه تحصيلا ونقلا والاصل والخبر المعمول عليه بين المسلمين وهو الناس مسلطون على اموالهم بل هو متواتر وأخبار الاضرار على ضعف بعضها وعدم مكافئتها لهذه الادلة تحمل على ما اذا كان لا غرض له الا الاضرار بل فيها كخبر سمره ايماء الى ذلك سلمنا لكن التعارض بينها وبين الخبر المشهور تعارض العموم والخصوص من وجه والترجيح للخبر المشهور لاعتضاده بالاصل والاجماع وبانه قد يستلزم ذلك ضرارعلى المالك اشد ضرار من ضرر الجار او مساويا واقل والضرر لا يزال بالضرر سلمنا ترجيح اخبار الاضرار لكن يجب العمل بها على عمومها ولا وجه لتخصيصها بما اذا كان فاحشا وتفصيل الكلام في ذلك ان يقال ان كان غرضه الاضرار بذلك من دون ان يترتب له عليه جلب نفع او دفع ضرر سواء قل ضرر الجار او كثر فلا ريب في انه يمنع كما دل عليه خبر سمرة بن جندب قولا وفعلا حيث قال صلى الله عليه وآله وسلم انك رجل مضار وأمر بقلع نخلته والرمي بها اليه وعليه بنوا الضمان فيما اذا اجج نارا في ملكه مع ظن الاضرار بجاره زيادة على حاجته او من دون حاجة (وأما) اذا كان له نفع اودفع ضرر وعلى جاره ضرر يسير فانه جائز قطعاً وعليه بنوا رفع

ولو غرس في ارض احياها ما يبرز اغصانه أو عروقه الى المباح لم يكن لغيره احياؤه والغارس منعه وان كان في مبدأ الغرس (الرابع) أن لا يكون مشعرا للعبادة كعرفه ومنى وجمع وان كان يسيرا لا يمنع المتعبدين (متن)

الجدار على سطح الجار ونحوه وأما اذا كان ضرر الجار كثيرا يمكن تحمله عادة فانه جائز على كراهية شديدة وعليه بنوا كراهية الولاية من قبل الجائر لدفع ضرر يسير يصيبه ان تركها و بعض ما نحن فيه من هذا القبيل (وأما) اذا كان ضرر الجار كثيرا لا يتحمل عادة لنفع يصيبه فانه لا يجوز له ذلك وعليه بنوا حرمة الاحتكار في مثال ذلك على المشهور وعليه بني جماعة كالمصنف في التحرير والشهيد في اللمعة الضمان فيما اذا أجج نارا بقدر حاجته مع ظنه التعدي الى الغير (وأما) اذا كان ضرره كثيرا لا يحتمل عادة وضرر جاره كذلك فانه يجوز له دفع ضرره وان تضرر جاره او اخوه المسلم وعليه بنوا جواز الولاية من قبل الجائر اذا خاف الضرر على نفسه أو ماله الذي يضر بحاله قالوا فانه يجوز له ان يتولى و يباشر مظالم الظالم جميعا (جميعها خ ل) غير القتل وقالوا اذا خاف على اخيه المسلم ضررا في نفسه او عرضه جاز له ان يتولى للجائر ولا كذلك اذا خاف الضرر على ماله واما اذا خاف على مال نفسه الذي يضر بحاله فانه يجوز له كما تقدم (والحاصل) ان أخبار الاضرار نعمل بها فيما بعد اضرار معتدا به عرفا والحال انه لاضرر بذلك على المضر لان الضرر لا يزال بالضرر (وتقول) ان دفع الضرر عن نفسه الذي بها يعبد الله سبحانه ويبتغي لها رضوانه واجب ان عظم وجائز ان خف

﴿ قوله ﴾ ﴿ ولو غرس في ارض احياها ماتبرز اغصانه او عروقه الى المباح لم يكن لغيره احياؤه والغارس منعه وان كان في مبدء الغرس ﴾ كما في المبسوط والمهذب والشرائع والتذكرة والتحرير وجامع المقاصد والمسالك والروضة والكفاية والمفاتيح بل قد يظهر من المبسوط والمهذب انه مما لا خلاف فيه لثبوت الاولوية للغارس بمقتضى العادة ولو كان سريان العروق وبروز الاغصان بعد حين كما في الاخبار منها حريم النخل طول سعفها ومنها في رجل له نخلة في حائط الآخر فقضى رسول الله صلى الله عليه واله وسلم ان لكل نخلة من أولئك من الارض مبلغ جريدة من جرائدها حين بعدها واطلاق هذا الخبر والفتاوى يتناول ما اذا كان المنع في مبدأ الغرس وبه صرح في الروضة ومثله مالو باع البستان واستثنى شجرة فانه يتبعها مدى اغصانها في الهوى والمدخل اليها والمخرج منها وهو صريح خبر السكوني وبه عمل الاصحاب من دون خلاف وينبغي ان لا يكون المخرج والمدخل الا لمصلحتها عملا بالاصل ومقتضى العرف واستدلالهم على المدخل والمخرج بعد الخبر بان ذلك مقتضى العرف يقضي بالتعدي الى استثناء البيت في بيع الدار وتمام الكلام في باب البيع ﴿ قوله ﴾ ﴿ الرابع أن لا يكون مشعرا للعبادة كعرفه ومنى وجمع ﴾ عدم جواز احياء هذه المواضع كلها او الكثير منها كأنه من ضروريات الدين وان لم يذكر ذلك اكثر المتقدمين ﴿ قوله ﴾ ﴿ وان كان يسيرا لا يمنع المتعبدين ﴾ كما في التحرير والدروس والحواشي وجامع المقاصد والروضة وهو قضية اطلاق الباقين من المتأخرين وفي (المسالك والكفاية) انه المشهور ووسمه تارة اخرى في المسالك بانه الاشهر ولا ترجيح في التذكرة والمفاتيح (حجة الكتاب) وما وافقه ان الشرع دل على اختصاصها موطنا للعبادة فالتعرض لتملكها تفويت تلك المصلحة كما في الشرائع وغيرها وهذا التوجيه يقضي بالمنع من احياء الكثير منها الذي يؤدي احياؤه

(الخامس) التحجير وهو بنصب المروز أو التحويط بحائط أو بحفر ساقية محيطة أو ادارة تراب حول الارض او احجار (متن)

الى الضيق على الناسكين ويحتاج اليه غالبا وأما ماعداه فلا يدل على المنع فيه أصلاً واستدل في الدروس في المنع سد الباب مزاحمة الناسكين وان حقوق الخلق كافة متعلقة به ولا بأس به مع اضافة الاستنا لى الاصل وان المشعرية صادقة على المجموع المؤلف من الاجزاء والنهي عن الكل ليس من حيث كونه كلا بل من حيث اشتماله على المعنى الشائع وهو الاختصاص وهو حاصل في كل جزء وان المتد من أخبار الباب ماعدا هذه الاما كن الشريفة ولا وجه في الشرائع بما عرفت قال لو عمر فيها لا يضر ولا يؤدي الى ضيقها عما يحتاج اليه المتعبدون كاليسير لم أمنع منه انتهى وينبغي تميمه بانه ليس ملك ولا موقوف وبذلك يفارق المساجد ونحوها مما هو موقوف على مصالح خاصة وفي (حواشي الشهيد) انه المنقول ونفى عنه البعد في المسالك والكفاية مع انه قال في الروضة انه نادر وفي (جامع المقاصد) انه ضعيف وعلى هذا القول لو عمد بعض الحاج فوقف به من غير اذنه فقد قيل انه لا يجوز فالنهي عن التصرف في ملك الغير لان الفرض انه يملك وهو مفسد للعبادة التي هي عبارة عن الكون من ضروريات المكان وهو خيرة الحواشي وربما قيل بالجواز جمعاً بين حقي الناسك في أوقات الوقوف والمالك في غيرها وربما فصل بضيق المكان فيجوز وسعته فلا واثبات الملك مطلقا يأبى هذين الوجهين وقد ذكرهما الشهيد في الحواشي نعم يتوجهان اذا قلنا انه يملك في غير أوقات النسك أو مع السعة لا مطلقا وهما كما ترى الا أن تقول انه يملك ملكا مراعى بعدم الاضرار فيكون التفصيل متوجها فتأمل

﴿ قوله ﴾ (الخامس التحجير) مما صرح فيه ان عدم التحجير شرط في التملك بالاحياء وانه مانع منه أو سبب في الاختصاص المبسوط والمهذب والوسيلة بمفهومها والغنية والسرائر وجامع الشرائع والشرائع والنافع والتذكرة والتحرير والارشاد والتبصرة واللمعة والحواشي وجامع المقاصد والمسالك والروضة والكفاية والمفاتيح من دون خلاف ولا تأمل ويأتي عند ذكر خلاف ابن نما ظهور دعوى الاجماع من التذكرة وظاهر الدروس ان عدمه ليس شرطا في التملك بالاحياء لانه لم يعده في الشرائط كما ستسمع وليس له أي التحجير في أخبارنا ذكر ولعلهم أخذوه من فحوى ما دل على الاولوية في السبق الى مكان من المسجد أو السوق أو من الخبر النبوي العامي الذي تداوله أصحابنا واستدلوا به من أحيى ميتة في غير حق مسلم فهي له ولا ريب في حصول الحق بالتحويط ونصب المروز أو مما رواه سمرة بن جندب ان النبي صلى الله عليه وآله وسلم قال من أحاط حائطا على أرض فهي له ولعله اليه استند ابن نما في انه يفيد الملك كما يأتي وقد قالوا كما ستسمع ان التحجير ان ينصب عليها المروز أو يحوطها بحائط وفي (الرياض) ان الظاهر اتفاقهم على أصل التحجير وان جماعة منهم ادعوا الاجماع عليه صريحا وقد نسب قبل ذلك دعواه الى المسالك ونحن لم نجد التصريح بالاجماع لا من المسالك ولا غيرها الا المفاتيح ثم هو محصل معلوم وظاهر التذكرة كما عرفت وفي (مجمع البرهان) كانه اجماعي ﴿ قوله ﴾ (وهو نصب المروز والتحويط بحائط أو بحفر ساقية أو ادارة تراب حول الارض أو احجار) ونحوه ما في المبسوط قال التحجير أن يؤثر فيها أثرا لم يبلغ به حد الاحياء مثل أن ينصب فيه المروز أو يحوط عليها حائطا وما أشبه ذلك من آثار الاحياء واقتصر في جامع الشرائع على التمثيل بالحائط وفي (الشرائع

ولا يفيد ملكا فان الملك يحصل بالاحياء لا بالشروع فيه والتحجير شروع في الاحياء بل يفيد اختصاصا واولوية (متن)

والارشاد) ان التحجير هو أن ينصب عليها المروز أو يحوطها بحائط وفي (التحرير) انه يكون بنصب المروز وحفر الخندق وقد اتفقت هذه الكتب الخمسة على تفسير التحجير على اختلافها فيه أو في التعبير ولم يحيلوه الى العرف ووجه اختلافها فيه ان التحجير ان كان مشروعا في الاحياء كما صرح به المصنف في ما يأتي والجماعة فنصب المروز والقصب والشوك امارات على ارادة الاحياء وليست شروعا فيه فلا ينبغي جعلها منه بل ينبغي الاقتصار على الحائط كما في جامع الشرائع ونحوه من الخندق وغيره وان كان المراد الاعم كما هو الظاهر من خلطهم الامثلة فلا معنى لقولهم انه شروع في الاحياء الا أن يراد بالشروع في الاحياء ما هو أعم منه ومن ارادته واتفقت أي الكتب الخمسة على عدم تفسير الاحياء وعلى ان المرجع فيه الى العرف والعادة وذلك قد يقضي بامرين (الاول) ان النص قد ورد بالاحياء ولم يبين فيه فوجب الرجوع فيه الى العرف (والثاني) قيام الدليل على تفسير التحجير ولعلهم أرادوا الاجماع اذ لا نص عندنا على أصل التحجير فضلا عن تفسيره والظاهر عدم تحقق الاجماع في الامثلة لما عرفت وقال في (جامع المقاصد) ان في عد التحويط بحائط من التحجير نظراً بل هو احياء في نحو الحظيرة (قلت) وبه صرح في المبسوط وغيره كما ستسمع فان قصدها بالتحويط فلا بحث والا ففيه نظر ومال في التذكرة الى انه احياء وان قصد به السكنى نعم الظاهر تحقق الاجماع على انه الذي يؤثر أثراً لم يبلغ به حد الاحياء والمروز جمع مرز وهو جمع تراب حوالي الموات فيكون قوله أو ادارة التراب مستدركا والظاهر انه أراد به المسناة بضم الميم وهي نحو المرز وربما كان أزيد ترابا ومثله نصب القصب والشوك والتحجير في النهر أن يحفر فيه ولا يصل الى منزع الماء وفي المعادن ان يعمل عملا لا يبلغ نيلها كما يأتي ولا معنى لاقتصارهم على ذلك في هذين وكيف كان فالذي يظهر ان كلامهم في المقام غير محرر فليتدبر ﴿ قوله ﴾ ﴿ ولا يفيد ملكا فان الملك يحصل بالاحياء لا بالشروع والتحجير شروع في الاحياء بل يفيد اختصاصا واولوية ﴾ قد صرح في الوسيلة وجامع الشرائع والشرائع وما تأخر عنها من غير نقل خلاف بانه لا يفيد الملك وانما يفيد الاختصاص الا ما حكاه المحقق عن شيخه والا ما ستسمعه عن المبسوط والمهذب والسرائر وظاهر المبسوط ففي (الخلاف) عن كونه أحق به من غيره وفي (المفاتيح) الاجماع على أنه يفيد الاولوية مطلقا وظاهر التذكرة الاجماع على انه لا يفيد ملكا وقال في (المبسوط) بعد ان فرق بين التحجير والاحياء وعرف التحجير بما سمعت وانه بالتحجير يكون أحق وان اقطاع السلطان بمنزلة التحجير وانه ان أخر الاحياء بعد التحجير قال له السلطان اما ان تحييها أو تخلي بينها وبين غيرك ما نصه اذا حجر أرضا وباعها لم يصح بيعها وفي الناس من قال يصح وهو شاذ فاما عندنا لا (فلا خ ل) يصح بيعه لانه لا يملك رقبة الارض بالاحياء وانما يملك التصرف بشرط ان يؤدي للامام ما يلزمه عليها وعند المخالف لا يجوز لانه لا يملك بالتحجير قبل الاحياء فكيف يبيع مالا يملك انتهى ونحوه ما في المهذب في آخر كلامه في هذا المقام والظاهر من عبارة المبسوط ان التحجير احياء والاحياء عنده مطلقا لا يملك رقبة الارض وقد حكى هذه العبارة عن المبسوط في السرائر في باب احكام الارضين وقال هذا يملك أرشدك الله ان

فان نقله الى غيره صار احق به (متن)

التحجير عند المخالف غير الاحياء وان الاحياء غير التحجير وشيخنا أبو جعفر عنده ان التحجير مثل الاحياء (قلت) يحتمل أن يكون اراد انه مثله في الحكم أو الموضوع فتأمل وقد ذكر قبل ذلك في السرائر عند نقل كلام الشيخ والعامة والتعريض بالقاضي في المهذب وانه خبط خبط عشواء حيث عرف الاحياء بتعاريف العامة ذكرها الشيخ في المبسوط فظن انها لنا وقال ان الشيخ انما أرجعه الى العرف ما يعطي أيضا عدم الفرق بين الاحياء والتحجير فعدم التعرض لما في المبسوط والمهذب والسرائر وتعرضهم لكلام ابن نما مع ان ما حكوه من ان التحجير احياء هو الذي سمعته من كلامهم لعله لعدم الظفر بذلك أو لان الشيخ لا يقول بملك رقبة الارض بالاحياء وانما يملك التصرف فبالاولى أن يكون التحجير كذلك لكن هذه العبارة ليست خاصة بل وافقه عليها جماعة في الارض المفتوحة عنوة وليست على ظاهرها كما بيناه في باب البيع فالشيخ ان كان قائلا بان الاحياء يفيد ملكا للارض كان التحجير عنده كذلك وان كان يقول انه انما يملك تصرفه من غرس وبناء ونحوها لم تكن التحجير بكل أقسامه عنده مثل الاحياء اذ ليس في بعض التحجير تصرف يملك أو يباع فتأمل وقال في (الدروس) انه يمكن حمل كلام ابن نما على ارض ليس فيها استيجام ولا ماء غالب وتسقيها الغيوث غالبا فان ذلك يعد احياء وخصوصا عند من لا يشترط الحرث ولا الزرع والغرس لانهما انتفاع وهو معلول الملك فلا يكون سببا له كالسكنى والحاكم في هذا كله العرف لعدم نص الشرع واللغة على ذلك انتهى ونحوه ما في الحواشي مثل تلك الارض بأرض الشام وهذا التأويل جيد بالنسبة الى كلام ابن نما حيث لم يذكروا كلامه برمته والا فان كان كلامه في تفسير التحجير ككلام المبسوط والمهذب والسرائر فالتأويل بعيد (١) والرجوع الى العرف فيهما لا يقضي بان الاحياء يفيد الملك دون التحجير اذ للشيخ واتباعه أن يقولوا انهما غيران عرفا وانهما لا يفيدان ملكا أو انهما معا يفيدان الملك لكن الفارق ان التحجير اذا أخر خيره السلطان كما عرفت فيما تقدم ويأتي في جامع المقاصد ان القائل بان التحجير احياء لا يقول بان المرجع في الاحياء الى العرف كما يأتي في التتمة ودليل افادته الملك قوله صلى الله عليه وآله وسلم في الخبر العامي من أحاط حائطا على أرض فهي له أو الاجماع الظاهر من المبسوط على ان الاحياء مثل التحجير حكما أو موضوعا حيث ذكر ذلك في مقابلة العامة ان قلنا انه يقول ان الاحياء مملك فليلحظ ذلك وليتأمل في كلامهم في المقام فكأنه غير محرر والذي يقضي به النظر وملاحظة العرف انه اذا كان العرف يحكم بالاحياء فيما تسقيها الغيوث غالبا بمجرد وضع المرز عليها أو القصب أو الشوك فبالاولى أن يكفي عرفا في غيرها مما يراد زرعه سوق الماء اليه ان لم يكن فيه شجر يحتاج الى عضد والا فلا بد معه من عضد الشجر بل قد نقول ان العرف يحكم بالاحياء بكل ما فيه تأثير وشروع في الاحياء فيكفي عضد الشجر وحده وسوق الماء وحده وان احتاجاليهما في الزرع وكذلك حفر البئر والنهر قبل بلوغ النيل والنهر ان لم تم اجماع على خلافه نعم التحجير الذي يدل على ارادة الاحياء كوضع القصب او الشوك في مثل الارض التي تحتاج الى عضد الشجر أو سوق الماء او قطعه لا يعد احياء عرفا فليلحظ ذلك ويأتي في آخر الباب تمام الكلام ﴿ قوله ﴾ (فان نقله الى غيره صار احق به)

(١) ولك أن تقول انه جار في كلام المبسوط وما وافقه وان فسر التحجير بما تقدم (منه قدس سره)

وكذا لو مات فوارثه أحق به فان باعه لم يصح بيعه على اشكال ويملك به التصرف وله منع من يروم احيائه فان قهره فاحياها لم يملك ثم المحجر ان أهمل العمارة اجبره الامام على الاحياء او التخلية عنها فان امتنع (متن)

قال في (جامع المقاصد) انما يكون ذلك بالصلح والهبة وكذا الحكم في كل ما يفيد أولوية واختصاصا وهو منقوض بالشفعة والخيار فالاقتصار على الصلح كما في الدروس والحواشي والروضة اصح ﴿قوله﴾ (وكذا لو مات فوارثه احق به) كأنه مما لا ريب فيه كسائر الحقوق ﴿قوله﴾ (فان باعه لم يصح بيعه على اشكال) أصحه عدم الصحة كما في جامع الشرائع والتحرير والايضاح والحواشي وجامع المقاصد والروضة والتذكرة في اول كلامه لانه لم يملك وانما ملك ان يملك وقد سمعت ما في المبسوط والمهذب والسرائر واحتمل في التذكرة الصحة لان الارض المفتوحة عنوة تباع بمجرد الاولوية تبعا للآثار ولانه حق يقابل بمال فتجوز المعاوضة عليه(١) ﴿قوله﴾ (ويملك به التصرف) هذا مما لا ريب فيه اصلا على كل حال وبه صرحت عباراتهم ويدل عليه العقل مباشرة والاصل بمعنييه ﴿قوله﴾ (فله منع من يروم احياؤه) كما في المبسوط والمهذب والشرائع والتذكرة والمسالك والروضة وهو قضية كلام غيرها كما ستعرف وفي (مجمع البرهان) كأنه مما لا خلاف فيه ويدل عليه العقل مباشرة ﴿قوله﴾ (فان قهره واحياه لم يملك) كما في الوسيلة والشرائع والارشاد والمسالك والمراد انه قهره قبل الامهال وقبل مخاطبة السلطان له بتحجير بقرينة ما سيأتي ولعله ينطبق عليه ما في المبسوط والمهذب والتذكرة فان بادر غيره قبل ان يخرجها السلطان من يده فاحياها لم يملك وما في التحرير والدروس فان اعتذر بشاغل أمهل مدة يزول فيها ولو احياها آخر في مدة الامهال لم يملك ويملك بعدها وهو ظاهر كل من جعل عدمه شرطا والوجه فيه ان عدم التحجير شرط في التملك بالاحياء وسبب في الاختصاص ويجيء على جعله في الدروس الشرط وجود ما يخرجها عن الموات أنه يملك لو قهره لان عدم التحجير ليس شرطا عنده وكأنه يفرق بين الاحياء في مدة امهال الحاكم فلا يملك وبين قهره في غيرها فيملك لما سمعته الآن من كلامه فتأمل واختار في جامع الشرايع أنه يملك ويكون قد اساء (قلت) فيكون عنده كالداخل في سوم غيره اذا اشترى ولا ترجيح في التذكرة في موضع آخر وهو ما اذا كان المحجر عذر في التأخير لانه نقل ثلاثة أقوال العامة يملك ولا يملك والتفصيل بما اذا انضم الى المحجر اقطاع السلطان فلا يملك ولا (اولا خ ل) ينضم فيملك حجة الجماعة قوله صلى الله عليه وآله من احيى ميتة في غير حق مسلم فهي له ﴿قوله﴾ (ثم المحجر ان اهمل العمارة أجبره الامام على الاحياء والتخلية عنها) كما في المبسوط والمهذب والوسيلة والشرائع والتذكرة والتحرير والارشاد والدروس والمسالك والروضة ومجمع البرهان لان تعطيلها قبيح لان عمارتها منفعة لدار الاسلام فان ذكر عذرا في التأخير امهله السلطان بمقدار العذر فان طلب التأخير من غير عذر امهله مدة قريبة يستعد فيها العمارة بحسب ما يراه السلطان كما صرح بذلك جماعة من هؤلاء وهذا اذا بقيت آثار التحجير والا عادت مواتا كما كانت كما في التذكرة وجامع المقاصد ولا فرق بين السلطان وغيره من حكام الشرع كما صرح به جماعة ﴿قوله﴾ (فان امتنع اخرجها

---

(١) وفي الحواشي أنه تجوز الصلوة فيه بغير اذن المحجر قلت لو كان مملوكا لكان كذلك (منه عفي عنه)

اخرجها السلطان من يده فان بادر اليها من احياها لم يصح مالم يرفع الامام يده أو يأذن في الاحياء (السادس) اقطاع الأمام وهو متبع في الموات فلا يجوز احياؤه وان كان مواتاً خالياً من التحجير كما أقطع النبي صلى الله عليه وآله بلال بن الحارث العقيق فلما ولي عمر قال له ما أقطعته لتحجبه فاقطعه الناس واقطع أرضاً بحضر موت واقطع الزبير حضر فرسه فاجرى فرسه حتى قام فرمى بسوطه (متن)

السلطان من يده ﴾ كما في المبسوط والمهذب والشرائع والتذكرة والتحرير والمسالك وهو قضية كلام الباقين ولو لم يرفع امرها الى السلطان ولا خاطبه بشيء وطالت المدة فقد قال في التذكرة تبطل حذراً من التعطيل وقيل لا تبطل ما لم يرفع الامر الى السلطان ويطالبه بالترك ولعل ذلك اذا بقيت الآثار لما تقدم ﴿ قوله ﴾ ﴿ فلو بادر اليها من احياها لم يصح ما لم يرفع الامام يده او يأذن في الاحياء ﴾ يريد انه لو بادر اليها من احياها بعد امهاله لها ومخاطبة الامام له باحد الامرين وقبل رفعه يده عنها وقبل اذنه للناس في عمارتها لم يصح احياؤه ولا يملك به كما لو احياها قبل طلب الامام منه احد الامرين وبه يفرق بينه وبين ما تقدم وكأن الطريق في المسئلتين متحد الاعلى ما احتملناه من كلام الدروس آنفا وبما في الكتاب صرح في الشرائع والمسالك وقد سمعت ما في المبسوط والمهذب والتذكرة وما في التحرير والدروس والوجه في ذلك هو ما تقدم من انه احيى ما هو باق في حق غيره هذا وقد قال في (الحواشي) فائدة قال ضياء الدين اذا استولى على شجرة مباحة لا يملكها الا بقطعها وبدونه يكون أولى ما دام مستوليا عليها فان فارقها كان لغيره قطعها وقال في (الدروس) لو نصب بيت شعر او خيمة أو خشبة فليس احياء بل يفيد اولوية (قلت) قد يتأمل في ذلك اذا عضد الشجر وتسمدت الارض ﴿ قوله ﴾ ﴿ السادس اقطاع الامام ﴾ قد صرح بان عدمه شرط أو انه سبب في الاختصاص أو أنه مانع في المبسوط والمهذب والوسيلة وجامع الشرائع والشرائع والنافع والتذكرة والتحرير والارشاد والدروس واللمعة وجامع المقاصد والمسالك والروضة ومجمع البرهان والكفايه والمفاتيح وفي (المبسوط) انه لاخلاف في جواز ذلك للسلطان ﴿ قوله ﴾ ﴿ وهو متبع في الموات فلا يجوز احياؤه وان كان مواتا خاليا من التحجير ﴾ لان الموات ملك الامام عليه السلام فيجوز له أن يفعل به ما يشاء من اقطاع ونحوه فاذا اقطعه وجب اتباع اقطاعه بمعنى ان المقطع يصير أولى من غيره في الاحياء كما يصير المحجر أولى من غيره فيما يحجره ولا يزاحمه الغير ولا يصح رفع هذا الاختصاص بالاحياء والاقطاع وحده كاف في حصول الاولوية والاختصاص وان لم يحصل تحجير ﴿ قوله ﴾ ﴿ كما اقطع النبي صلى الله عليه وآله وسلم بلال بن الحارث العقيق فلما ولي عمر قال ما اقطعته لتحجبه فأقطعه الناس واقطع ارضا بحضرموت واقطع الزبير حضر فرسه فاجرى فرسه حتى قام فرمى بسوطه ﴾ العقيق واد بظاهر المدينة والحضر بالحاء المهملة المضمومة والضاد المعجمة وهو عدوه وانما رمى بسوطه طلبا للزيادة وفي الحديث ان النبي صلى الله عليه وآله وسلم قال اقطعوا الزبير من (عن خل) سوطه وقال في (التذكرة) قد أقطع النبي صلى الله عليه وآله وائل بن حجر ارضا بحضرموت وقال في (القاموس) حضرموت بضم الميم بلد يقال هذا حضرموت اي فتبني الاول على الفتح وتعرب الثاني اعراب مالا ينصرف وان شئت أضفت الاول الى الثاني فقلت هذا حضر موت اعربت حضرا

وهو يفيد الاختصاص وليس للأمام اقطاع ما لا يجوز احياؤه كالمعادن الظاهرة على اشكال (متن)

وخفضت موتا وهو واد دون اليمين ارسل الله فيه سيلا على اناس من أهل الفيل افلتوا من طير ابابيل فهلكوا فسمي حضرموت حين ماتوا فيه وفيه بئر يقال لها بئر برهوت تردها هام الكفار ﴿قوله﴾ (وهو يفيد الاختصاص) كما هو صريح الوسيلة والشرائع والتذكرة والتحرير والدروس وجامع المقاصد والمسالك والروضة وهو قضية كلام الباقين وقال في (المبسوط) صار أحق به بلا خلاف أي بين المسلمين ثم ان قام بعمارته والا فكما سبق في التحجير ﴿قوله﴾ (وليس للامام اقطاع ما لا يجوز احياؤه كالمعادن الظاهرة على اشكال) وعلى ترددكما في الشرائع وقال في (الايضاح) منشأ الاشكال من وجوه (الاول) اختلاف الاصحاب هنا فقال بعضهم أنها مملوكة للامام عليه السلام وهو اختيار المفيد وسلار فاذا كانت له فله ان يقطعها وقال آخرون المسلمون فيها مشتركون ولا يجوز منع بعضهم عن حقه وقال ابن ادريس المعادن التي في ملكه له فله اقطاعها وغيرها لا «فلا خ ل» (الثاني) قوله تعالى خلق لكم أضاف الكل الى الكل بالاستحقاق فالاصل في المباحات الاشتراك الا أن يقوم نص وليس هنا ومن أن الاستحقاق بحسب المصلحة والاحتياج فهو منوط بنظر الامام عليه السلام فجاز له التخصيص واقتصر على الوجه الثاني من الايضاح فى جامع المقاصد والمسالك كما اقتصر الشهيد في الحواشي على الوجه الاول وعليه بنى المصنف عدم جواز احيائها وتحجيرها واقطاعها فيما يأتي قال في (الحواشي) منشأه هل هي للامام أم لا فعلى الاول له الاقطاع وعلى الثاني هل هي بحكم الموات أو لا فان قلنا بالاول كانت له ايضاً والا فلا وكيف كان فقد قوى الجواز المصنف فى التذكرة فيما يأتي (١) اذا لم يتضرر بها المسلمون والشهيد فى الحواشي واختير عدمه له فى المبسوط والمهذب والسرائر وجامع الشرائع والتذكرة والتحرير والايضاح والكتاب فيما يأتي والدروس واللمعة وجامع المقاصد والمسالك والروضة وهو ظاهر الوسيلة والارشاد بل قد يظهر أو يلوح من المبسوط والسرائر نفي الخلاف عن ذلك فان فيهما ليس للسلطان أن يقطع مشارع الماء بلا خلاف وكذلك المعادن الظاهره وقد صرح بان الناس فيها شرع فى المبسوط والمهذب والوسيلة والسرائر وجامع الشرائع واللمعه فى موضعين منها وجامع المقاصد والمسالك والكتاب فيما يأتي وهو ظاهر الشرائع والتذكرة ونفى عنه البعد فى الكفاية وفي (الدروس) نسبته الى المتأخرين وفى (جامع المقاصد) أنه المشهور بين المتأخرين وفى (الكفاية) أنه المشهور وفي (المسالك والكفاية والمفاتيح) أنه مذهب الاكثر ولعل مستندهم عموم خلق لكم ما فى الارض جميعا وان فيه زيادة مشقة بالتوقف فى الاخذ منها على اذنه عليه السلام اذا كان ظاهرا وانه لا دليل على الاختصاص وفى (التحرير) المعادن التي فى ملكه له وغيرها للمسلمين وقد استحسنه فى خمس الروضه وهو الذي حكاه في الايضاح عن السرائر والذي وجدنا فيما هو ما سمعته وحكي في

(١) لعل صواب العبارة هكذا . فقد قوى المصنف الجواز فيما يأتي وفى التذكرة . فان الذي حضرنا الآن نسختان هي في احدهما هكذا . فقد قوى الجواز المصنف في التذكرة فيما يأتي . وفي الاخرى هكذا . فقد قوى الجواز والمصنف في التذكرة فيما يأتي . وكلاهما خطأ (مصححه)

وفي حكم الاقطاع الحمى وهو منع الأمام النـاس عن رعي كلاء ما حماه في الارض المباحة ليختص به دونهم (متن)

في الكفاية اختصاصها بالامام عن الشيخين ولم نجـد ذلك في النهاية وقد سمعت ما في المبسوط ثم هو خيرة المقنعة والمراسم وقال في (الكفاية) انه قول الكليني وشيخه علي بن ابراهيم (قال) وقال المحقق في المعتبر بعد نقل ذلك عن الشيخين فان كانا يريدان ما يكون في الارض المختصة به امكن اماما يكون في ارض لا تختص بالامام عليـه السلام فالوجه انها لا تختص به لأنها اموال مباحـة تستحق بالسبق اليها والاخراج لها والشيخان يطالبان بدليل ما اطلقاه (قلت) ونحن نطالبه بدليل ما فصـله مالنا اليه اذ لايلزم من اختصاصه بالارض اختصاصه بما فيها وقال في (جامع المقاصد) وزعم بعض المتأخرين ان المعادن التي في ملكه لا خلاف في انها له قال وليس كما زعم (قلت) وهو كذلك وقال في (الدروس) قال بعض علمائنا تختص المعادن بالامام عليه السلام سواء كانت ظاهرة أو باطنة فتوقف الاصابة منها على اذنه في حضوره لا مع غيبته وقيل باختصاصـــه في الارض المملوكة له والاول يوافق فتواهم بان موات الارض للامام فانه يلزم من ملـكها ملك ما فيهـا والمتأخرون على ان المعادن للناس شرع اما لاصالة الاباحة واما لطعنهم في ان الموات للامام واما لاعـترافهم به وتخصيص المعادن بالخروج عن ملـكه والكل ضعيف انتهى ولعل مستند الشيخين وسلار ما رواه علي بن ابراهيم في تفسيره عن اسحق بن عمار قال سألت ابا عبد الله عليه السـلام عن الانفال فقال هي القرى التي خربت الى ان قال والمعادن منها (وقد يقال)لا يتصور الاقطاع في المعادن الظاهرة وان قلنا انها له عليـه السـلام لان الاقطاع اذا كان بمـنزلة التحجير ولا يتصور الاحياء فيها فلا يتصور التحجير وهو الظاهر من الدروس (وعساك تقول) ان الاقطاع قد يتصور في المجالس المتسعة عند جماعة فلم لا يمكن هنا (لانا نقول) الاقطاع فيها للارتفاق في الجلوس وذلك لا يتصور في المعادن اذ لا يراد منها الا التملك فينتفي ﴿ قوله ﴾ ﴿ وفي حكم الاقطاع الحمى وهو منع الامام الناس عن رعي كلاء ما حماه في الارض المباحة ليختص به دونهم ﴾ قد جعل في التـذكرة والتحرير والدروس عـدم الحمى شرطا في الاحياء المملك ومثله جعـله في حكم الاقطاع ومن ذكره مستقلا و بين احكامه افاد كلامه ذلك وقد عرفه المصنف بمـا سمعت و بمعناه ما في التذكرة هو ان يحمي بقعة من الموات لمواش بعينها و يمنع سائر الناس من الرعي فيها و كلاهما غـير المعنى اللغوي والعرفي وانمـا اراد بهما بيان المراد منه في كلام الفقهاء والتعريف الموافق للغـة والعرف ما في المبسوط قال وهو ان يحمي قطعة من الارض للمواشي ترعى فيها وقد روى اصحابنا والعامة عن النبي صلى الله عليه وآله وسلم انه قال لا حمى الا لله ولرسوله والظاهر ان الخبر عامي لانه ليس موجوداً في الجوامع العظام من كتبنا ولكنهم اخذوه مسلما وفي (التذكرة) وغـيرها انه صلى الله عليه وآله وسلم قصد منع العامة من الحمى وذلك لان العزيز من العرب كان اذا انتجع بلداً مخصبا وافى بكلب على جبل أو على نشز ان لم يكن به جبل ثم استعوى الكلب ووقف له من كل ناحية من يسمع صوته بالعوي فحيث انتهى صوته حماه من كل ناحية لنفسه و يرعى مع العامة فيما سواه فنهى رسول الله صلى الله عليه وآله عن ذلك لما فيه من التضييق على الناس وقد نبه المصنف بقوله وهو منع الامام على خلاف الشافعي حيث منع على غير النبي صلى الله عليه وآله وسلم الحمى لنفسه واختلف كلامـه على قولين اذا حمى للمسلمين لان الائمة

كما حمى النبي صلى الله عليه وآله النقيع وللامام أن يحمي لنفسه ولنعم الصدقة والضوال وليس لغيره ذلك ولا يجوز نقض ما حماه الامام ولا تغييره (متن)

صلوات الله عليهم بمنزلة النبي صلى الله عليه وآله وسلم عندنا وهو من ضروريات مذهبنا ونحوه ما في السرائر وجامع الشرائع والشرائع والتحرير والدروس حيث قيل فيها ولامام الاصل ذلك عندنا وكيف كان فمشروعية الحمى ثابتة باجماع المسلمين وستسمع اجماعهم على بعض الخصوصيات ﴿قوله﴾ ﴿كما حمى النبي صلى الله عليه وآله وسلم النقيع﴾ كما ذكر ذلك الخاصة والعامة وقد روى في الكافي والتهذيب سند ضعيف بجماعة عن ابي الحسن عليه السلام قال سألته عن بيع الكلاء والرعى فقال لا بأس قد حمى رسول الله صلى الله عليه وآله وسلم النقيع لخيل المسلمين وهذا الخبر يستشم منه رائحة التقية لان الجواب غير مطابق للسؤال والنقيع بالنون موضع قريب من المدينة كان يستنقع فيه الماء ومنه أول جمعة جمعت في الاسلام في المدينة في نقيع الخضمات بالمعجمتين وفي (الحواشي) أنه بكسر النون ﴿قوله﴾ ﴿وللامام أن يحمي لنفسه﴾ لان الموات ملك له ومن ملك ارضا فله حمايتها بلا خلاف كما في الخلاف والغنية وقد روى العامة أن النبي صلى الله عليه وآله وسلم قال لا حمى الا لله ولرسوله ولائمة المسلمين وفي (المبسوط) أن النبي صلى الله عليه وآله وسلم ان يحمي لنفسه ولعامة المسلمين بلا خلاف وفي (التذكرة) لكنه لم يحم لنفسه وانما حمى النقيع لابل الصدقة ونعم الجزيه وخيل المجاهدين وغرض المصنف هنا بيان أن الامام كالنبي صلى الله عليه وآله وسلم وان له وللنبي صلى الله عليه وآله وسلم أن يحمي لنفسه ولغيره ومما ذكر فيه أنه له أن يحمي لنفسه المبسوط والغنيه والسرائر وجامع الشرائع والشرائع والتحرير لكن في المبسوط والسرائر عند بيان ما يحمى له لم يذكر الحمى لنفسه وانما ذكر الاربعة الآتية ولم يذكره في الوسيلة اصلا وظاهره الحصر في الاربعة ولعله لانه لم يفعله صلى الله عليه وآله والا فالمعصوم قوله وفعله حجة على انه مالك وللمالك أن يفعل في ملكه ما يشاء ﴿قوله﴾ ﴿ولنعم الصدقه والضوال﴾ والخيل المعدة لسبيل الله ونعم الجزية كما في المبسوط والوسيلة والغنيه والسرائر وجامع الشرائع والتذكرة وغيرها وزاد في التذكرة مواشي الضعفاء ﴿قوله﴾ ﴿وليس لغيره ذلك﴾ ليس لغير النبي صلى الله عليه وآله والامام عليه السلام وهو المراد من العبارة من احاد الناس أن يحمي لنفسه ولعامة المسلمين بلا خلاف كما في المبسوط واجماعا كما في التحرير ولا يجوز لغيرهما الحمى اجماعا كما في المسالك وهو كذلك لان عبارات من تعرض له قد طفحت بذلك وهو من العامة اجماع كما في التذكرة وان خالف الشافعي في احد قوليه لان عمر بن الخطاب قد حمى موضعا وولى عليه هنى وامره ان يدخل رب الصريمة ورب الغنيمة ونهاه ان يدخل فيه نعم ابن عفان وابن عوف وهل لو لاته في النواحي فيه وجهان عند العامة والوجه المنع الا باذنه كما في التذكرة ومنه يعلم حال الفقهاء في زمن الغيبة ولم يذكر المصنف قدر المحمي وقد قدر في المبسوط والوسيلة والسرائر وجامع الشرائع والتذكرة والتحرير بما لا يعود بضرر على المسلمين ولا يضيق مراعيهم ولعل من ترك تركه لظهور ان المعصوم لا يحمي الا الاقل الذي لا يبين ضرره على المسلمين ﴿قوله﴾ ﴿ولا يجوز نقض ما حماه الامام ولا تغييره﴾ أي اعتباطا من دون اذن منه ولا زوال مصلحة وهو مما لا ريب فيه وانما الخلاف فيما اذا زالت المصلحة كما يأتي لكنه قال في المبسوط والخلاف فاما ما حماه رسول الله صلى عليه وآله فانه لا يجوز للامام القائم مقامه نقضه وحله لان

ومن احيا منه شيئا لم يملكه ما دام الحمى مستمرا فان كان الحمى لمصلحة فزالت فالواجب جواز الاحياء (متن)

فعله حجة يجب اتباعه فيه وما يفعله الامام القائم مقامه لا يجوز لاحد تغييره وان غيره هو أو من بعده من الائمة أو اذن واحد منهم لغيره في احياء ميت فاحياه فانه يملكه ولعله اليه أشار المحقق في الشرائع بقوله وقيل ما يحميه النبي خاصة لا يجوز نقضه لان حماه كالنص انتهى وعلى رده نبه في الدروس بقوله ولا فرق بين ما حماه النبي صلى الله عليه وآله والامام لان حماهما نص اد لا يحكم الامام بالاجتهاد عندنا والنقض هو الابطال من رأس والتغيير قد يكون للبعض وقد يكون للكل ﴿ قوله ﴾ ﴿ ومن احيي شيئا منه لم يملكه ما دام الحمى مستمرا ﴾ كما هو صريح جماعة وقضية كلام الباقين وهو مما لا يب فيه أيضاً عندنا وعند العامة ﴿ قوله ﴾ ﴿ فان كان لمصلحة فزالت فالوجه جواز الاحياء ﴾ وجواز نقضه كما جزم به في الشرائع والتذكرة والتحرير والحواشي والمسالك وفي (الدروس) انه اقرب وفي (جامع المقاصد) ان القول بالعدم ضعيف ولا ترجيح في الايضاح وفي (المسالك) انه في حمى الامام موضع وفاق وفي حمى النبي صلى الله عليه وآله وجهان احدهما انه كذلك للاشتراك في المقتضي والآخر المنع مطلقا لان حماه انما كان لمصلحة مقطوعة فكان كالنص لا يجوز تغييره انتهى وقد سمعت ما في المبسوط من ان ما يحميه النبي صلى الله عليه وآله وسلم خاصة لا يجوز نقضه وما في الشرائع من نسبته الى القيل وهذا القول لم نجده لاحد من طايفتنا غير الشيخ في ظاهر المبسوط وانما هو قول العامة قالوا لانه نص فلا ينقض بحال ومنهم من قال ان بقيت الحاجة لم يغير وان زالت فوجهان أحدهما وبه قال ابو حنيفة الجواز لزوال العلة واظهرهما عند الشافعي العدم لان التغيير انما يكون بالاجتهاد ونحن نقطع ان ما فعله مصلحة فلا يرفع القطع بالظن ويبقى الكلام في هذا الذي يجوز له الاحياء والنقض والتغيير فقد فرض في الدروس وجامع المقاصد وظاهر التحرير في غير الوالي من احاد الناس وقد فرضه في التذكرة في نفسه تارة بمعنى أن الامام ينقض ما حماه اذا زالت المصلحة وهو الذي ذكره في المسالك اولا وتارة في الامام الثاني واخرى في احاد الناس وهو الذي ذكره في المسالك اخيرا وفي احتياج خروجه عن الحمى حيث يكون المحيي احاد الناس الى حكم الحاكم نظر من تبعية المسبب لانه شرع لمصلحة وعلة خاصه فاذا زالت العلة زال المعلول فيرجع الى اصله من الاباحة ومن ان التغيير انما يكون بالاجتهاد ولا يجوز تغيير ما فعله الامام عليه السلام بالاجتهاد وهو كما ترى يمنع ذلك على الحاكم ايضا وان المحمي لا يثبت بمجرد المصلحة بل بحكم الامام فلا يزول الا به لامتناع مناطية الاحكام بالمصالح بل بالوصف وهو كما ترى ايضا وانه قد تعين لتلك الجهة كالمسجد والمقبره فلا يتغير الا بالنص ولا ترجيح في الدروس والايضاح وربما قيل انما يجوز الاحياء باذن الامام واذا اذن زال فلا حاصل لهذا الفرع (واجيب) بانه نفرض انه اذن عليه السلام مطلقا فيكون شمول الاطلاق الاطلاق لهذا الفرد فرع زوال الحمى وعدمه فرع عدمه وهل للامام الثاني ازالة ما حماه السابق لمصلحة زائدة مع بقاء مصلحة المحمي لها وجهان من انها انما تعينت لجهة مستحقة فهي كالمسجد ومن زوال الملك في المسجد بخلاف الحمى فانه تابع للمصلحة وقد يكون غيرها أصلح منها ﴿ قوله ﴾

﴿الفصل الثاني المنافع﴾ وهي الطرق والمساجد والوقوف المطلقة كالمدارس والربط والمشاهد وفائدة الطرق الاستطراق والجلوس غير المضر بالمارة فاذا قام بطل حقه وان كان بنية العود قبل استيفاء غرضه فليس له دفع السابق الى مكانه (متن)

﴿الفصل الثاني المنافع﴾

﴿ وهي الطرق والمساجد والوقوف المطلقة كالمدارس والربط والمشاهد ﴾ قال في التذكرة كل رقبة أرض فاما أن تكون مملوكة ومنافعها تتبع الرقبة فلمالكها الانتفاع بها دون غيره الا باذنه بالاجماع واما ان لا تكون مملوكة فاما أن تكون محبوسة على الحقوق العامة كالشوارع والمساجد والربط أو تكون منفكة عن الحقوق الخاصة والعامة وهي الموات ﴿ قوله ﴾ ﴿وفائدة الطرق الاستطراق والجلوس غير المضر بالمارة ﴾ فائدة الطرق والمراد منها والمنافع الاصلية المقصودة منها الاستطراق والتردد فيها بالذهاب والعود كما في الشرائع والتذكرة والتحرير والدروس وغيرها والمقصود الآخر منه بالاخرة الوقوف لأنه من مرافق التردد لان الماشي قد يحتاج الى الوقوف لكلام أو انتظار رفيق فهو من موضوعات الطريق وعليه بنوا ضمان الواقف على الماشي فيما اذا تعثر بواقف غير مضر بالمارة وما تا وقالوا ان دم الماشي هدر لأنه باشر تلف نفسه بلا تفريط من الواقف مستندين الى ما ذكر من ان الوقوف من موضوعات الطريق لان الماشي قد يحتاج الى الوقوف وقالوا فيما اذا تعثر الماشي بالجالس الغير المضر بالمارة ان ضمان الماشي على القاعد لانه بجلوسه مفرط لوضع الطريق للمشي وقالوا انه لو تلف القاعد أو شيء منه كان الضمان على العاثر أو انه هدى فليس الجلوس عندهم في باب الديات من موضوعات الطريق ولذلك قيل في الارشاد وغيره لا يجوز الا الاستطراق الا بما لا يفوت معه منفعته فلو جلس غير مضر الى آخره و يجوز الجلوس اذا لم يضر بالمارة الى غير ذلك ﴿ قوله ﴾ ﴿ والجلوس غير المضر بالمارة فان قام بطل حقه وان كان بنية العود قبل استيفاء غرضه فليس له دفع السابق الى مكانه ﴾ أما جواز الجلوس الغير الضار فلاجماع الناس عليه في جميع الامصار كما في التذكرة وجامع المقاصد والمسالك والروضة والكفاية ونحوه ما في المبسوط وستسمع كلامه وقضية اطلاق الاجماعات والفتاوى كما هو صريح جماعة أنه لا فرق في الجلوس بين كونه للاستراحة أو للمعاملة أو لغيرهما ولا يتقدر الا بعدم الاضرار والتضييق على المارة سواء أذن الامام أم لا لا بل هذا كله منصوص عليه في معقد اجماع التذكرة (وقضية) ذلك أيضاً ان الحكم ثابت للمسلمين ولاهل الذمة وقد نص عليه في التذكرة وجامع المقاصد والروضة والكفاية ولا تصغ الى المفاتيح من قوله قيل لا يجوز الانتفاع في الطريق بغير الاستطراق الا مالا يضر به كالوقوف والجلوس للاستراحة والمعاملة ونحوهما اذا لم يتضيق على المارة الى ان قال (وقيل) بالمنع من ذلك مطلقاً والاول أشهر انتهى لان هذا القول لم نجده لاحد من الخاصة والعامة وأما انه ان قام بطل حقه وان كان بنية العود اذا لم يكن له فيه رحل فقد تواقفت عليه فتوى المبسوط والشرائع والتذكرة والتحرير والارشاد والدروس واللمعة وجامع المقاصد والمسالك والروضة ومجمع البرهان والكفاية واختير في المبسوط والتذكرة والتحرير والارشاد والدروس وكذا الكفاية والكتاب فيما يأتي بقاء حقه مع بقاء رحله ويأتي بيان وجهه ولا ترجيح في المسالك والمفاتيح وكذا جامع المقاصد وأطلق في الكتب الباقية بطلان حقه بحيث يتناول صورة بقاء رحله بل في بعضها

ولو جلس للبيع والشراء في الاماكن المتسعة فالاقرب الجواز للعادة (متن)

التصريح بذلك لاختصاص ذلك بالمسجد وحكى الشهيد عن المصنف في التحرير في كتاب الصلوة انه لاتحصل الاولوية بالرحل في المسجد ولم نجده في التحرير وقد جمع أي الشهيد بين الكلامين بحمل الاول على تقدم رحله عليه من غير استقرار عليه وكلامه هنا على الاستقرار ثم الخروج بعد ذلك والاولى حمله على ما اذا بعث رحله ولم يأت هو لان من وصل الى مكان فهو أحق وقال في (التذكرة) لو قام عنه بنية العود اليه في ذلك النهار وكان له فيه بساط أو متاع أو شبهه لم يكن لاحد ازالته وكان صاحب البساط والمتاع أولى الى الليل لقول الصادق عليه السلام (قال أمير المؤمنين عليه السلام) سوق المسلمين كمسجدهم فمن سبق الى مكان فهو أحق به الى الليل وكان لا يأخذ على بيوت السوق كرى قال في (جامع المقاصد) أراد أي في التذكرة توجيه الرواية بان هذا لايثبت في غير السوق المباح وما جرى مجراه من الاسواق المرفوعة والمأذون فيها عاما وظاهر الرواية الاستحقاق مطلقاً من غير تقييد ببقاء متاع بعد المفارقة وعدمه بل ليس للمفارقة فيها ذكر والذي يفهم من مفهوم كلام التذكرة ان بقاء المتاع في الليل لايفيد أولوية وهو مشكل خصوصا اذا جلس في الليل للبيع والشراء والظاهر ان الخبر دليل القول ببقاء حقه مع بقاء رحله وبيانه أنه قد جعل فيه السوق بمنزلة المسجد والطريق على هذا الوجه بمنزلة السوق وقد ثبت حكم الرحل في المسجد فيكون هنا كذلك ثم ان قضية الاطلاقات من الطرفين انه لافرق بين قيامه بنية العود قبل استيفاء غرضه أو بعده فالقائل ببقاء حقه مع بقاء رحله لايفرق بين أن يكون قد استوفى غرضه أم لا وكذلك القائل بعدم بقاء حقه لعدم رحله أو مطلقا لايفرق كذلك وقد صرح المصنف هنا بعدم بقاء حقه بقيامه بنية العود وان كان قبل استيفاء غرضه وانه لو سبقه أحد حينئذ الى ذلك المكان ليس له دفعه عنه وهو خيرة التحرير وظاهر الشرائع حيث قال فيها وقيل كان أحق بمكانه اذ في نسبته الى القيل ما كنا عليه اشعار بضعفه لثبوت الاشتراك في الجملة وزوال ما يقتضي بقاء الاولوية مع الشك في كون غيره موجبا للاستحقاق وكان قال به أي ببطلان حقه أو مال اليه في المسالك ولا ترجيح في الكفاية وقد سمعت ما في التذكرة ويأتي الكلام فيما اذا فارق لا بنية العود مع بقاء رحله وان الظاهر سقوط حقه اذ الرحل لا مدخل له في الاستحقاق بمجرده كما يأتي بيانه في المسجد وحيث يجوز له التظليل كما في التذكرة والدروس والمسالك والروضة والكفاية والكتاب فيما يأتي وفي (المبسوط والتذكرة والدروس) أنه ليس له بناء دكة وزاد في الدروس ولا تسقيف قال في (المبسوط) اذا سبق الى موضع كان أحق به من غيره لان بذلك جرت عادة أهل الامصار يفعلون ذلك ولا ينكره احد غير انه لا يجوز أن يبني دكة ولا ينصب مستنداً ﴿ قوله ﴾ ﴿ ولو جلس للبيع والشراء في الاماكن المتسعة فالاقرب الجواز ﴾ ونحوه ما في الشرائع قال ولو جلس للبيع والشراء فالوجه المنع الا في المواضع المتسعة كالرحاب نظرا الى العادة ومثله ما في التحرير غير أنه قال احتمل المنع مكان قوله في الشرائع الوجه المنع ونحوه ما في الارشاد قال ولو كان أي الجلوس للبيع والشراء في الرحاب فكذلك وانت خبير بان الرحاب المتسعة التي ليست طريقا لا ريب في جواز الجلوس فيها للبيع والشراء كما ان الزائد على النصاب في الطريق اذا جلس فيه اي الزائد لا ريب في جوازه لانه ليس بطريق فلا معنى لقولهم الاقرب والوجه واحتمل فلابد أن يراد

فان قام ورحله باق فهو أحق به فان رفعه بنية العود فالاقرب بطلان حقه وان استضر بتفريق معامليه

بالاماكن والرحاب في هذه العبارات ما كانت من الطريق مع عدم الاضرار بالمارة كما صرحت بذلك بقية العبارات كعبارة التذكرة والايضاح والدروس واللمعة والحواشي وجامع المقاصد والروضة فيكون المراد بالمتسعة في العبارة والشرائع والرحاب في عبارة الارشاد غير الضارة بالمارة وذلك لانتفاء التضييق فان الطريق حينئذ متسع للمرور والجلوس لان العادة مستمرة بذلك قالوا وليس للمار تخصيص ممره بموضع جلوسه اذا كان له عنه مندوحة لثبوت الاشتراك على هذا الوجه فوجه احتمال العدم حينئذ هو انه غير المنفعة المراده من الطريق وهو ضعيف جدا لان المحكم في ذلك العادة والعرف وهو مطرد في ذلك والمفروض انتفاء الضرر فلا مانع مضافا الى اجماع التذكرة الذي قد نقل على جواز الجلوس للمعاملة كما سمعته آنفا وقد استند في الروضة الى اطباق الناس على الجلوس للبيع والشراء حيث لا ضرر على المارة فما في المسالك والكفاية وكذا المفاتيح من أنهم اختلفوا في جواز الجلوس للبيع والشراء فمنعه بعضهم مطلقا لانه انتفاع بالبقعة في غير ما أعدت له فكان كالانتفاع بالوقوفات الخاصة في غير ما عينت له من الجهة وان الاشهر كما في الاول والمشهور كما في الثاني التفصيل وهو المنع من ذلك في الطريق المسلوك الذي لا يؤمن تاذي المارة به غالباً وجوازه في الرحاب المتسعة في خلاله بحيث يؤمن تاذي المارة به لا وجه (له ظ) لان هذا التفصيل على هذا النحو ما ألم به احد فضلا عن ان يكون مشهورا كما تقدم بيانه والذي أو قعهم في هذا الوهم عبارة الشرائع وهي لا تكاد تتوجه لان قوله فالوجه المنع ان أراد به انه يمنع فيما اذا جلس في الطريق في نصابه واضر بالمارة فالواجب القطع بالمنع عقلا واجماعا ويجيء في المستثنى اعني الرحاب ثلثة اوجه (الاول) نصاب الطريق من دون ضرر (والثاني) مازاد على النصاب (الثالث) الرحاب في غير الطريق وان اراد به أنه يمنع اذا جلس في نصاب الطريق وان لم يضر فقد سمعت الاجماعات على الجواز وان الناس مطبقون على ذلك وانما احتمل المنع احتمالا في التحرير والايضاح وجامع المقاصد واليه اشار المصنف بقوله الاقرب وقد وسمه في جامع المقاصد بالضعف وحينئذ فالمراد بالمستثنى الوجهان الاخيران وان اراد ان الوجه أنه يمنع فيما اذا جلس في الزائد على النصاب فلا وجه له اصلا في المستثنى منه والمستثنى لانه لا خلاف في الجواز فيهما ﴿ قوله ﴾ ﴿فان قام ورحله باق فهو احق به﴾ كما صرح به في الشرائع والتحرير والارشاد والدروس وغيرها وقد سمعت ما في التذكرة وهو قضية اطلاق المبسوط وقد عرفت وجه الاستدلال عليه بالخبر ﴿ قوله ﴾ ﴿فان رفعه بنية العود فالاقرب بطلان حقه وان استضر بتفريق معامليه﴾ كما في الشرائع والتحرير والايضاح وجامع المقاصد والروضة وهو قضية اطلاق كلام الارشاد وكذا المبسوط وقال في (الدروس) قاله جماعة ويحتمل بقاء حقه لان أظهر المقاصد ان يعرف مكانه ليقصده المعاملون نعم لو طالت المفارقة زال حقه لان الاضرار استند اليه انتهى (قلت) اما الزوال مع طول المدة ففي (المسالك) انه لا اشكال في زوال حقه وعلى هذا الاحتمال فتتقدر المفارقة بزمان ينقطع فيه عنه الذين الفوا معاملته لتحصل (لتحصيل خل) الفائدة المطلوبة منه كما قدره بذلك الجويني وعليه فلا يبطل حقه بان يرجع في الليل الى بيته وليس لغيره مزاحمته في اليوم الثاني وكذلك الاسواق التي تقام في كل اسبوع أو في كل شهر اذا اتخذ فيها مقعداً كان احق به في النوبة الثانية وان تخللت بينها ايام كما حكى ذلك كله في التذكرة عن الجويني وقال انه ليس بشيء (قلت) لانتفاء الملك والاولوية قد زالت بقيامه ورفع متاعه وتضرره بتفرق معامليه (فيه) ان الضرر

ولو ضاق على المارة أو استضر به بعضهم منع من الجلوس وليس للسلطان اقطاع ذلك ولا احياؤه ولا تحجيره وله ان يظلل على نفسه بما لا ضرر فيه من بارية وثوب وليس له بناء دكه ولو استبق اثنان فالاقرب القرعة (وأما المسجد) فمن سبق الى مكان فهو أحق به فاذا قام بطل حقه وان قام لتجديد طهارة أو ازالة نجاسة أو نوى العود الا أن يكون رحله باقيا فيه (متن)

لا يزال بالضرر والضرر المنفي انما هو غير المستحق والضرر مستحق لأنه منسوب الى فعله حيث فارق موضعا الناس فيه شرع وعرضه لحلول غيره فيه من مستحقيه (وبتوجيه آخر) وهو ان الضرر المنفي هو الذي لم يدل الدليل على عدم اعتباره وهذا قد دل الدليل على عدم اعتباره لان منفعة الطريق مشتركة بين المسلمين والسابق احق فازعاجه ضرر غير مستحق والضرر لا يزال بالضرر والرواية لا تدل على شيء بخصوصه فتقيد بمقتضى غيرها من الادلة ومع ذلك كله فقول الجويني قوي في النوبة الثالثة لا الثانية ﴿ قوله ﴾ ﴿ ولو ضاق على المارة واستضر به بعضهم منع من الجلوس ﴾ كما هو صريح التذكرة وهو المفهوم من كلام الباقين بل العقل يدل عليه ﴿ قوله ﴾ ﴿ وليس للسلطان اقطاع ذلك ولا احياؤه ولا تحجيره ﴾ اما أنه ليس له اقطاعه فقد صرح به في الخلاف والمبسوط والمهذب والغنية والسرائر والشرائع والتحرير والدروس والمسالك وفي (الاخير والكفايه) انه المشهور لكنه انما نسب الخلاف في الاخير الى بعض العامة فلا يناسبه نسبته الى المشهور لان ذلك لا يجوز تملكه فلا يجوز تحجيره ولا ما هو في معنى التحجير وقال في (التذكرة) في خاتمة شروطه شروط الاحياء ان للسلطان أن يقطع الجلوس فى المواضع المتسعة في الشوارع وفائدة ذلك الارتفاق بحيث اذا قام لم يكن لغيره الجلوس فيه وفي (جامع المقاصد) انه لا ريب ان جواز ذلك محتمل وان لم ينقل مثله ومما ذكر يعلم أنه ليس لاحد تحجيره واحياؤه وبه صرح في الشرائع والتحرير ﴿ قوله ﴾ ﴿ وله ان يظلل على نفسه بما لا ضرر فيه من بارية وثوب وليس له بناء دكة ﴾ قد تقدم الكلام في ذلك كله ﴿ قوله ﴾ ﴿ ولو استبق اثنان فالاقرب القرعة ﴾ كما هو خيرة المبسوط والتذكرة والارشاد والايضاح والحواشي وجامع المقاصد وبه صرحوا في مثله كالمسجد لان الحق الآن دائر بينهما لانحصار الاولوية فيهما ولا يمكن الجمع بينهما ولا منعهما لأنه باطل قطعاً فهو لاحدهما فيقرع لان القرعة لكل أمر مشكل واحتمل في التذكرة لبعض العامة التعيين الى الامام بحسب المصلحة من احوجية ونحوها واحتمل في الحواشي تقديم الاحوج لان القرعة لتبيين المجهول عندنا اذا كان متعيناً في نفس الامر وليس كذلك هنا وليس بشيء قطعاً لانه قد طفحت كلمات الاصحاب من غير نكير الا من الشهيد الثاني في بعض المقامات بجريانها في كل أمر مشكل وان لم يكن معينا في نفس الامر وعموم الحديث يدل على ذلك ﴿ قوله ﴾ ﴿ وأما المسجد فمن سبق الى مكان فهو أحق به ﴾ مادام فيه اجماعا محصلا بل كاد يكون ضروريا وفي (المبسوط) انه لا خلاف فيه وفي (المسالك ومجمع البرهان) لا اشكال فيه وقضية اطلاق المنظم كما هو صريح جماعة أنه لا فرق بين كون جلوسه للصلوة او لعبادة غيرها من قراءة قرآن او تدريس علم أو افتاء ونحو ذلك وفي معنى المسجد المشهد كما صرح به جماعة ﴿ قوله ﴾ ﴿ وان قام بطل حقه وان قام لتجديد طهارة أو ازالة نجاسة أو نوى العود الا أن يكون رحله باقيا فيه ﴾ لا خلاف فى زوال حقه مع مفارقته نية عدم

العود وعدم بقاء رحله وفي (المسالك والكفاية ومجمع البرهان) انه لا اشكال فيه كما أنه لا خلاف في بقاء حقه مع بقاء رحله مع نية العود وقصر الزمان وقال في (المبسوط) فمن سبق الى مكان في المسجد كان احق به فان قام وترك رحله فيه فحقه باق وان حول رحله منه انقطع حقه منه ولا خلاف فيه وفيه نص لنا عن الائمة عليهم السلام انتهى ونحوه ما في الشرائع قال فلو قام مفارقا بطل حقه ولو عاد وان قام ناويا للعود فان كان رحله باقياً فيه فهو احق به والا كان مع غيره سواء فكلامه ككلام المبسوط الا انه لم يذكر فيه نية العود وعبر بتحويل رحله وعرض بالمبسوط بقوله فلو قام مفارقا الى آخره ومثل عبارة الشرائع عبارة التحرير والارشاد والدروس واللمعة والروضة الا ان في عبارة التحرير والروضة التصريح بما تضمنه اطلاق الباقين من عدم الفرق بين كون قيامه لضرورة كتجديد طهارة أو ازالة نجاسة أو لغيرها كالكتاب والدروس وفي (جامع المقاصد) انه المشهور ولكن لا تصريح بنية العود فيما اذا بقي رحله في الارشاد والدروس كما سمعته عن المبسوط ففي (الارشاد) ولو قام ورحله فيه فهو اولى عند العود والا فلا وفي (الدروس) فاذا فارقه بطل حقه الا أن يكون رحله باقياً فهذه العبارات الثلاث تقضي ببقاء حقه ببقاء رحله نوى العود ام لا طال الزمان ام قصر وعدمه مع عدم بقائه كذلك في الامرين ويأتي بيان الحال في ذلك مفصلا ولم يفرق في جميع العبارات المذكورة بين طول الزمان وقصره وحكى في المسالك عن الذكرى تقييد بقاء حقه مع بقاء رحله بان لا يطول زمان المفارقة والا بطل حقه ونفى عنه البأس خصوصاً مع حضور الجماعة واستلزام تجنب موضعه وجود فرجه في الصف للنهي عن ذلك قال بل استثنى بعضهم ذلك مطلقا (١) وحكم بسقوط حقه حينئذ ولا بأس به انتهى ونحن نقول قد علمت ان الخلاف منفي عن بقاء حقه مع بقاء رحله من دون تقييد في المبسوط والظاهر نفيه بين المسلمين وان الشهرة معلومة ومحكية على ذلك وذلك يجبر النص المرسل في المبسوط كما عرفت والخبر اذا قام احدكم من مجلسه في المسجد فهو احق به اذا عاد اليه والخبر الآخر سوق المسلمين كمسجدهم فمن سبق الى مكان فهو احق به الى الليل بل اطلاقهما يشمل صورة ما اذا لم يكن هناك رحل مع موافقة الاعتبار فلا يحسن الخروج عن ذلك كله والقول ببطلان حقه لمكان طول الزمان فضلا عن قصره ولوجود الفرجة التي قد نهي عنها نهي كراهية اذا بقيت باختيار المصلين لا مع وجود حق لآخر فيها نعم اذا احتاج المصلون اليه صلى فيه الى ان يأتي صاحبه ويكون بعد مجيئه احق به بل يجب اخلاؤه له ولو في أثناء الصلاة المطلوة والمطلوتين بل يجوز الجلوس فيه بشرط عدم التصرف في الرحل فاذا جاء قام عنه ثم قال في المسالك ثم على تقدير سقوط حقه يجوز رفع رحله اذا استلزم شغل موضعه التصرف فيه وتوقف تسوية الصف عليه ويضمنه الرافع الى أن يوصله الى صاحبه جمعا بين الحقين مع احتمال عدم الضمان للاذن فيه شرعا انتهى وفي الاحتمال نظر اذ جواز التصرف في مال الغير لا يرفع الضمان اذلا يزيد عن اكل المضطر طعام الغير فالاصل في التصرف في مال الغير من دون اذنه الضمان الا ان يلجئه المال الى اتلافه كما اذا صال عليه البعير المغتلم فقتله هذا وقال في (الشرائع) وقيل ان قام لتجديد طهارة أو ازالة نجاسة وما اشبهه لم يبطل حقه يعني مع عدم بقاء رحله ولم نجده لاحد منا ممن تقدمه نعم هو المصنف في التذكرة والشافعي في أحد قوليه وقد استند في التذكرة الى الرواية السابقة سوق المسلمين كمسجدهم (وفيه)

---

(١) اي طال الزمان ام قصر (منه قدس سره)

ان الرواية متروكة الظاهر لأنها تتناول من فارق لا بنية العود ولا متاع له فتحمل على ما اذا لم يفارق أو اذا بقي رحله فالمخصص لها مع عدم الضرورة مخصص لهـا معها ومن الغريب انه نسب في المسالك وتبعه صاحب الكفاية الى المحقق في الشرائع خلاف ما هو موجود فيها قال في (المسالك) وان كان قيامه لضرورة كتجديد طهارة ففي بطلان حقه وجهان أحدهما وهو الذي قطع به المصنف عدم البطلان لمكان الضرورة وقد سمعت ما في الشرائع في نسخ متعددة ومثله قوله وان لم يكن رحله باقياً فان كان قيامه لغير ضرورة سقط حقه مطلقا في المشهور وفرقوا بينه و بين مقاعـد الاسواق بان غرض المعاملة يختلف باختلاف المقاعد والصلوة في بقاع المسجد لا تختلف وفيه نظر بمنع عدم اختلاف بقاع المسجد في الفضيلة لان ثواب الصلوة في الصف الاول اكثر وقد يألف الانسان بقعةمن المسجد يتضرر بفواتها كتضرره بفوات المعاملين انتهى (وفيه نظر من وجوه) اغربها ان كلامه هذا يقضي بل هو صريح أو كالصريح بأن المشهور يفرقون و يقولون ان المفارق مقعده من السوق من دون رحل لغير ضرورة احق به من غيره مع انك قد علمت ان الفتاوى قد تطابقت على سقوط حقه وان قول الجويني ليس بشيء وهذا الفرق انما يتأتى على مذهبه (وثانيا) ان هذا الفرق ما الم به احد من اصحابنا أصلا فكيف ينسب الى المشهور وانما ذكره في التذكرة دفعا لقياس المسجـد على السوق لو قلنا بمقالة بعض الشافعية ولعـله اراد الجويني ثم انه في المسالك ما زاد في المفارق مقعده للبيع من دون رحل لغير ضرورة على قوله في بطلان حقه وجهان ولم ينسب عدم البطلان الى المشهور فتأمل (وثالثا) ان الظاهر ان كثرة الثواب لا يعد في العرف مرجحاً وقال في (المسالك) أيضا ظاهر الاصحاب عدم الفرق أي فيما اذا لم يكن رحـله باقيا بين من يألف بقعة ليقرأ عليه القرآن و يتعلم منه الفقه ونحو ذلك وغيره لعموم قوله سواء العاكف فيه والباد وفرق بعضهم فاوجب أولوية المـذكورين كمقاعـد الاسواق خصوصا في الجوامع الكبار لان له غرضا في ذلك الموضع ليألفه الناس انتهى وفيه نظر من وجهين (الاول) ان هـذا الفرق ليس لاحد من اصحابنا بعد ملاحظة كتبهم من المقنع الى المسالك وانما هو لبعض الشافعية (الثاني) ان قضية كلامه ان الامر في مقاعـد الاسواق مسلم عندنا وقد عرفت الحـال فيه نعم ظاهر الاصحاب كما قال لمكان الاطلاق وفيه شهادة على ما قلناه ومناقضة لما نسبه الى بعضهم من الفرق على مذاقه لانه اذا رأى أحدا خالف أو تردد في حكم والباقون على خلافه ولا (١) ينسب ذلك الحكم الى الاصحاب بل نسبه الى المشهور أو الاكثر هذا وظاهر الاصحاب انه لا فرق في العذر بين ان يطرأ قبل الشروع في الصلوة و بعده وفرق في الدروس في فرع ذكره بين المفارق في اثنائها اضطراراً وغيره فحكم بأولوية الاول الا ان يجد مكاناً مساويا للاول محتجا بانها صلوة واحـدة فلا يمنـع من اتمامها (وفيه نظر) لان حقه تابع لاستقراره والمفروض انه لا رحل واتمامها لا يتوقف على مكان الشروع وعدم بقاء اولويته لا يستلزم المنع من اتمامها ولعله نظر الى ان مشي المصلي حينئذ منوط بالرخصة للضرورة ففي العود يراعى الاقرب لا المشي الى الأبعد اذ لا رخصة فيه اختيارا فتبقى أولويته مع عدمها وان لم يتوقف اتمامها على مكان الشروع واولى منه مالو فعل المنافي للاتمام فهو وغيره سواء الا مع بقاء رحله والمراد بالرحل المتاع من امتعته وقضية اطلاقهم انه لا فرق فيه بين الكبير والصغير كالسبحة والتربة اذا أتى به بنفسه أو خادمه أو ولده أو وكيله واستقر

---

(١) كذا في النسخ والظاهر لا (مصححه)

ولو استبق اثنان ولم يمكن الاجتماع اقرع ولا فرق بين أن يعتاد جلوس موضع منه لقراءة القرآن أو لتدريس العلم أولا (واما المدارس والربط) فمن سكن بيتا ممن له السكنى لم يجز ازعاجه

عليه كما هو الظاهر من مطاوي كلماتهم وهو الذي فهمه الشهيد عند تأويل كلام التحرير كما تقدم والذي فهمه منه المحقق الثاني انه اذا أتى به بنفسه استحقه بوصوله ولا يحتاج الى استقراره (هنا) وقد عرفت ان عبارة المبسوط والارشاد والدروس تقضي ببقاء حقه ببقاء رحله وان لم ينو العود ولعلهم يستندون الى اطلاق النص وان بقية العبارات على انه لا بد من نية العود لان الجلوس يفيد اولويه فاذا فارق بنية رفع الاولويه سقط حقه منها والرحل لا مدخل له في الاستحقاق بمجرده وتظهر الفائدة على الثاني اذا كان رحله صغيرا كسبحة لا تشغل من المسجد مقدار صلاته أو جلوسه للتدريس أو نحو ذلك ولم تظهر منه نية العود فانه يجوز رفعه على الثاني لانه لم يظهر من نية العود التي هي شرط الاستحقاق واما على الاول وهو عدم الاشتراط فانه لا يجوز رفعه وان كان صغيراً لانه يدل على بقاء حقه بمقدار الحاجة لانه لم يعتبر فيه نية العود أما لو كان كبيرا فانه يظهر منه نية العود بالقرينة فلا يجوز رفعه على التقديرين ففايدة القولين انما تظهر في الصغير ويحتمل عدم سقوط حقه مطلقا أي صغيراً كان أو كبيرا على الثاني لان بقاء الرحل مطلقا علامة على النية فلا ثمرة للاختلاف الا مع التصريح والعود ويحتمل السقوط مطلقا لان المدار على العلم بالنية ولا علم بها مع بقاءهما لاحتمال الغفلة والنسيان فلا بد من أن يقول مع بقاء الرحل ناو للعود اذ الشرط في منع الغير في كلام الاصحاب نية العود ومرجع الى العلم بها وليس الشرط في جلوس غيره فيه العلم بعدمها حتى يشكل الحال فيما اذا جهل الحال فتأمل وعلى تقدير بقاء الحق لبقائه أو بقاء رحله فلو ازعجه مزعج فلا شبهة في أثمه وهل يصير اولى منه بعد ذلك يحتمل لسقوط حق الاول بالمفارقة وعدمه للنهي عنه فلا يترتب عليه حق ويتفرع على ذلك صحة صلوة الثاني وعدمها وفي (جامع المقاصد والكفاية) ان الثاني هو الوجه وان الاول بعيد وقال في (جامع المقاصد) ولم أجد به تصريحا (قلت) قد صرح الاصحاب جميعا ببقاء حقه مع بقاء رحله أما مع نية العود أو بدونها ومعناه كما قدمنا انه لو ازعجه مزعج كان له دفعه ومنعه وما تقدم في باب الصلح من انه ذكر في التذكرة وغيرها أن الثاني يصير اولى فغفلة عما ذكروه هنا وفي (الروضة والكفاية) ان الوجهين آتيان في رفع كل اولوية (قلت) قد تقدم أن المشهور ان حق اولوية التحجير لا تسقط بتغلب غيره ولا يملك المتغلب الاحياء (وليعلم) أنه ليس في الباب الا الخبران اللذان قد ذكرناهما آنفا والنص المرسل في المبسوط والاصحاب جروا بالخبرين على القواعد فقيدوهما بما (لما ح ل) عرفت ﴿ قوله ﴾ ﴿ ولو استبق اثنان ولم يمكن الاجتماع اقرع ﴾ كما في المبسوط والشرائع والتذكرة والتحرير والارشاد وجامع المقاصد والمسالك ومجمع البرهان والكفاية وقد تقدم الكلام في مثله آنفا وقد قرب القرعة هناك وجزم بها عنا ولا نجد فرقا بين المقامين ﴿ قوله ﴾ ﴿ ولا فرق بين أن يعتاد جلوس موضع منه لقراءة القرآن أو لتدريس العلم اولا ﴾ قد تقدم الكلام في ذلك ﴿ قوله ﴾ ﴿ واما المدارس والربط ﴾ وفي حكمها الخانات كما في التذكرة وغيرها والربط بضم الباء الموحدة جمع رباط ككتاب وكتب ﴿ قوله ﴾ ﴿ فمن سكن بيتاً ممن له السكنى لم يجز ازعاجه ﴾ كما في الشرائع والتحرير والارشاد والدروس واللمعة وجامع المقاصد والمسالك والروضه ومجمع البرهان والكفاية وقال في (المفاتيح) قالوا وبه صرح في التذكرة

وان طال زمانه ما لم يشترط الواقف مدة معينة فيلزم بالخروج عند انقضائها ولو شرط على الساكن التشاغل بالعلم او قراءة القرآن أو تدريسه فاهمل اخرج وله ان يمنع من المشاركة في السكنى ما دام على الصفة فان فارق لعذر او غيره بطل اختصاصه (متن)

في الربط واحتمل في الدروس في المدرسه ودار القرآن الازعاج اذا تم غرضه وقال في (التحرير) لو مال الاستيطان وصار كالملك الذي يبطل به اثر الاشتراك ففي الازعاج اشكال واحتمل جواز ازعاجه في جامع المقاصد وقضيته اطلاق جماعة كما هو صريح آخرين كالمصنف في الكتاب كما ستسمع انه لا يزعج الا ان يشترط الوقوف مدة معينة والمراد بمن له السكنى في كلامهم ان يكون متصفا بالوصف المعتبر في الاستحقاق اما في اصله بان يكون مشتغلا بالعلم في المدرسة أو بحسب الشرط بان تكون موقوفة على قبيل مخصوص أو نوع من العلم أو المذهب ويتصف الساكن به ﴿ قوله ﴾ ﴿ وان طال زمانه الم يشترط الواقف مدة معينة فيلزم بالخروج عند انقضائها ﴾ كما في الشرائع والتذكرة والارشاد والتحرير والدروس ومجمع البرهان والمسالك وفي الاخير انه يلزمه الخروج بعده بلا فاصل وان لم يؤمر به ﴿ قوله ﴾ ﴿ ولو شرط على الساكن التشاغل بالعلم أو قراءة القرآن أو تدريسه فاهمل اخرج ﴾ كما في الشرائع والتذكرة والتحرير والارشاد والمسالك ومجمع البرهان واحتمله في الدروس والاولى ان يقال انه يلزمه الخروج بلا فصل وان لم يؤمر كما تقدم والمراد انه ممن له السكنى لكنه تشاغل عن التشاغل بالعلم احيانا والا كان تكراراً ﴿ قوله ﴾ ﴿ وله ان يمنع من المشاركة في السكنى ما دام على الصفه ﴾ كما في الشرائع والتذكرة والتحرير والقيد مراد من عبارة الارشاد والدروس واللمعه وجامع المقاصد والمسالك والروضة لما فيه من الضرر والامور المكروهة اذا كان المسكن الذي أقام به معد الواحد فلو اعد لما فوقه لم يكن له منع الزائد الى ان يزيد عن النصاب المشروط كما في الروضة وغيرها ﴿ قوله ﴾ ﴿ فان فارق لعذر او غيره بطل اختصاصه ﴾ هنا امران خروج ومفارقة أما الخروج فلا يبطل حقه كما اذا خرج لشراء مأكول او ملبوس او قضاء حاجة او زيارة مؤمن ولا يلزمه تخليف أحد مكانه ولا ابقاء رحله لانه قد لا يجد غيره وقد لا يأمن على متاعه كما في التذكرة ومجمع البرهان والكفاية والظاهر انه لا فرق حينئذ بين قصر المدة وطولها الا ان يخرج عن المعتاد لكن بعض ما يأتي من احتمالات الجماعة وأقوالهم يخالفه وأما المفارقة بمعنى انه يخرج منه خروجا يسمى به مفارقا فان كانت لعذر فقد قرب في الشرائع سقوط حقه وبه جزم في الارشاد وقد نسبه في الروضة الى الاكثر وفي (التذكرة) انه لو فارق لعذر اياما قليلة فهو احق اذا عاد وفي (جامع المقاصد) انه لو قصر الزمان جداً كما لو خرج لغرض لا ينفك عن مثله عادة ولا يخرج في العادة عن كونه ساكنا ففي بقاء حقه قوة فهو موافق للتذكرة وقد قواه في الروضة واستحسنه في المسالك ومال اليه في مجمع البرهان ومثله بمن يخرج من النجف لاخذ الزكوة من القرى أو لزيارة الحسين عليه السلام ويبقى اياما قلائل للزيارة وبمن يروح (يمضي خ ل) الى أهله في القرى ويبقى عندهم اياما واستشكل في التحرير في بقاء حقه حيث يفارق لعذر ونحوه ما في الكفاية وفي (تعليق الارشاد) فيما اذا لم يبق رحله وقصر الزمان وجهان والمفهوم من عبارة اللمعة انه لا يسقط حق المفارق لعذر مطلقا وقال في (الدروس) لو فارق ساكن المدرسة والرباط ففيه أوجه زوال حقه كالمسجد وبقاؤه مطلقا لانه باستيلائه جرى مجرى الملك وبقاؤه ان قصرت المدة دون ما اذا طالت لئلا يضر بالمستحقين وبقاؤه ان خرج لضرورة

وهل يصير أولى ببقاء رحله اشكال ﴿الفصل الثالث﴾ المعادن وهي قسمان ظاهرة وباطنة اما الظاهرة وهي التي لا تفتقر في الوصلة اليها الى مؤنة كالملح والنفط والكبريت والقار والمومياو الكحل والبرام والياقوت فهذه للامام يختص بها عند بعض علمائنا والاقرب اشتراك المسلمين فيها (متن)

كطلب مأربة مهمة وان طالت المدة وبقاؤه ان بقي رحله وخادمه والاقرب تفويض ذلك الى ما يراه الناظر صلاحا (واعترضه) في المسالك والروضة بانه مشكل الرجوع الى رأي الناظر مع اطلاق النظر اذ ليس له اخراج المستحق اقتراحا فرأيه فرع الاستحقاق وعدمه نعم لو فوض اليه الامر مطلقا فلا اشكال (قلت) مراده في الدروس ان الناظر ان كان يرى ان ترك المنزل في هذه المدة بهذه المفارقة لا يعد تعطيلا منافيا لغرض الواقف أبقاه له وحفظه عليه وان كان يرى انه خارج عن عرفه منافيا لغرضه وان الاولى اسكان غيره أسكن غيره واسقط حقه وان كانت المفارقة لغير عذر ففي (الكفاية) ان الاشهر أنه يبطل حقه مطلقا أي سواء كان رحله باقيا ام لا وسواء طال زمان المفارقة ام قصر وبذلك كله صرح في المسالك والروضة ومجمع البرهان وهو نص ببطلان حقه المفهوم بالاولوية من عبارة الشرائع والتذكرة والتحرير والارشاد وقد سمعت وجوه الدروس ﴿قوله﴾ ﴿وهل يصير اولى ببقاء رحله اشكال﴾ قال في (الايضاح) الاشكال في المدرسة من انه موضوع بحق فلا يزال ومن انها لم توضع المدرسة لوضع الرحل فيه بل كون الرحل فيه تابع لسكونه فيه فاذا زال المتبوع عادة لم يبق أثر التابع وقد حكى عنه ذلك في جامع المقاصد قال ومن أن المدرسة للسكنى لا لوضع الرحل وانما جاز وضعه تبعا للسكنى وقد زالت فيزول التابع (ثم قال) وفيه نظر لان المتنازع فيه هو زوال السكنى بالخروج مع بقاء الرحل ومن خرج عن بيت مع بقاء رحله فيه لغرض لا يخرج عن كونه ساكنا فيه عادة انتهى وكانه لم يلحظ الاثر في قوله في الايضاح لم يبق اثر التابع فحكى عنه خلاف الواقع وخلاف المراد لانه لم يقل اذا زالت زال التابع بل قال زال أثر التابع فلم يخرج عن محل النزاع ولعله نظر الى قوله من انه موضوع بحق فلا يزال ولعله نظر الى ما زاده الشهيد من قوله فكان به اولى واختير في الحواشي وجامع المقاصد وتعليق الارشاد بقاء حقه ان لم تطل المدة بحيث يؤدي الى التعطيل ولا ترجيح في الايضاح وقد سمعت ما في الدروس واطلاق بعض العبارات

﴿الفصل الثالث المعادن﴾

قد تقدم الكلام في بيان معنى المعدن في باب الصلوة في المطلب الثالث فيما يجوز السجود عليه من كلام اللغويين والفقهاء وان المجتمع من الجميع أنه ما استخرج من الارض مما كانت أصله واشتمل على خصوصية يعظم الانتفاع بها ﴿قوله﴾ ﴿وهي قسمان ظاهرة وباطنة أما الظاهرة فهي لا تفتقر في الوصلة اليها الى مؤنة كالملح والنفط والكبريت والقار والمومياو الكحل والبرام والياقوت فهذه للامام عليه السلام يختص بها عند بعض علمائنا والاقرب اشتراك المسلمين فيها﴾ وقد تقدم الكلام في ذلك مسبتا عند الكلام على الاقطاع وزاد جماعة احجار الرحى وطين الغسل وغيرها وقال في (الحواشي) الموميا هو ما يتقاطر من صخر من ارض مختصة نفعه تقوية القلب قيل بممازجة لحم ادمي وقيل خالصا (قلت)

فحينئذ لا تملك بالاحياء ولا يختص بها المحجر ولا يجوز اقطاعها ولا يختص المقطع بها والسابق الى موضع (متن)

ياتينا به الاكراد من جبل الكرد (١) ويقولون أنه ماء اسود يتقاطر من الصخر ويجمدونه فهم تام في الرض والكسر ونحو ذلك وتفسير الظاهرة بما ذكر قد طفحت به عباراتهم من دون خلاف ولا تأمل كما طفحت عباراتهم بان الباطنة هي التي لا تظهر الا بالعمل والمؤنه والمراد بالعمل والمؤنه ما يعد كذلك عرفا كما ستسمع ﴿ قوله ﴾ (فحينئذ لا تملك بالاحياء ولا يختص بها المحجر ولا يجوز اقطاعها ولا يختص المقطع بها) هذا قد تقدم فيه الكلام أيضاً في ذلك المقام ومراده انه حين اذ كان الاقرب اشتراك المسلمين فيها لا تملك بالاحياء ولا يختص المحجر بها ليلا يبطل حق الباقين لان الناس فيها شرع وقد تقدم انه لا يتصور احياؤها لان الاحياء فيها عبارة عن اظهارها بالعمل والمفروض أنها ظاهرة واذا لم يتصور احياؤها لم يتصور تحجيرها لانه شروع في الاحياء فلا يتصور اقطاعها لانه بمنزلة التحجير لانه لا يكون الا في الموات فلا حاصل لقوله لا تملك بالاحياء ولا يختص بها المحجر لكن هاتين الكلمتين قد وقعتا في المبسوط والمهذب والسرائر والشرائع والتذكرة والتحرير والارشاد والدروس واللمعة والمسالك والروضة ومجمع البرهان والكفاية والمبسوط والسرائر والايضاح لا خلاف في أنها لا تملك وقد صرح بانه لا يختص لها المقطع وأنه لا يجوز اقطاعها في المبسوط والمهذب والسرائر والتحرير والدروس واللمعة والروضة وغيرها وقد تقدم ان المصنف في التذكرة والشهيد في الحواشي جوز اقطاع المعدن وقد عرفت من تردد وقد يكونون أرادوا بقولهم لا تملك بالاحياء أنها لا تملك المعادن باحياء الارض التي هي فيها دفعاً لتوهم ان تملكها مستلزم لتملكها وهذا ظاهر فيها اذا كانت ظاهرة غير مستورة بنحو تراب يسير قبل احيائها واما اذا كانت مستورة بنحو ذلك قبل احيائها فقد صرحوا كما يأتي بانه يملكها باحيائها تبعا وان لم يعد احياء عرفا أو أرادوا أنها لا تملك بالاحياء فيما اذا كان المعدن الظاهر في الارض الموات التي لم تحي مستوراً بشيء قليل جداً محتاجا الى عمل قليل لان هذا وحده من دون احياء الارض معه لا يعد عندهم احياء عرفا وليس مرادهم بالظاهر ما لا يحتاج الى عمل ومؤنه أصلا كما قد يفهم من مجمع البرهان لانه قد صرح في جامع المقاصد والروضة بان ما كان مستوراً بتراب يسير يعد ظاهراً ولا يملك الا بالحيازة كما سيأتي ثم قد يكون السعي والعمل في تحصيله بسهولة وتعب كالجواهر الموجودة في ظاهر الارض بحيث لا يتوقف الشروع فيها على حفر شيء من الارض خارج عنها كما هو صريح التذكرة وغيرها ويأتي تحرير هذه المباحث وفي (جامع المقاصد) ان في العبارة مناقشة أخرى وهي ان تفريع عدم تملكها بالاحياء على اشتراك المسلمين لا يستقيم لان الاشتراك غير مانع من التملك بالاحياء كما لو حفر بئراً واجرى فيها الماء من نهر مباح انتهى وهو غريب لانه ما ملك الماء المشترك بالاحياء لانه ظاهر واما ملكه بحيازته في البئر الذي ملكه بالاحياء حيث أنه بلغ حد الوصول الى النهر المباح كما سيصرح به هو وغيره عند قوله السادس الجاري من نهر مملوك بل سيعترف بمثله قريباً عند شرح قوله ولو كان الى جنب المملحة أرض موات كما ستسمع ﴿قوله﴾ (والسابق الى موضع

---

(١) والظاهر ان اسمه يران (منه قدس سره)

منه لا يزعج قبل قضاء وطره فان تسابق اثنان اقرع مع تعذر الجمع ويحتمل القسمة وتقديم الاحوج

منها لا يزعج قبل قضاء وطره ﴾ كما في التحرير وقضية اطلاقهما أنه لا فرق بين طول الزمان وقصره وبين ما اذا أخذ قدر حاجته أو زاد عليها كما صرح بذلك كله في جامع المقاصد والروضة والكفاية وبالاخير صرح في المبسوط والتحرير والتذكرة والدروس قالوا اذا اقام لاخذ الزيادة عن حاجته لا يمنع وان لم ذلك وهو الظاهر من كلام المسالك بل هو صريحه والوجه تقييده بما اذا لم يصدق انه مقيم فانه يزعج اذا منع غيره على الظاهر كما في جامع المقاصد وفي كلام التذكرة ومجمع البرهان تنبيه عليه كما ستسمع وفي (جامع الشرائع والايضاح) انه لو اقام لاخذ الزيادة عن حاجته منع وهو ظاهر السرائر والمبسوط في أول كلامه قالا من سبق أخذ قدر حاجته وانصرف وهو الظاهر ايضاً من الشرائع والارشاد واللمعة والمفاتيح حيث قالوا من سبق أخذ قدر حاجته وقد نسب هذا في التذكرة الى اكثر اصحابنا قال ولم يبينوا انها حاجة يومه أو سنته فالاولى الرجوع في ذلك الى العرف فيأخذ ما تقتضيه العادة لا مثاله ولو اراد الزيادة على ما يقتضيه حق السبق فالاقرب أن له ذلك رفعاً للحاجة مطلقاً ولقوله عليه السلام من سبق الى ما لا يسبق اليه مسلم فهو احق ويحتمل أن لا يمكن ويزعج عنه لان عكوفه عليه كالتحجير المانع للغير والفرق بينه وبين مقاعد الاسواق شدة الحاجات (الحاجة خ ل) الى نيل المعادن بخلاف مقاعد الاسواق انتهى ولعل الاولى ان يوجه الاحتمال بان تمكين غيره عليه يفيد اولوية في الجملة ولعل مرادهم بقولهم أخذ حاجته وقدر بغيته انه يأخذ ما شاء وان زاد عما يحتاج اليه لانه بغيته وحاجته فينحصر الخلاف في الجامع والايضاح وينبغي أن تلحظ عبارة التذكرة لان فيها مواقع للنظر (وفي مجمع البرهان) ولعل الامر راجع الى العادة بحيث لا يقال أنه صار اولى وان الاخذ منه ظلم وكيف كان فالسابق يقدم اجماعا كما في الايضاح هذا ولو تغلب اللاحق على السابق واخذ من المكان الذي يأخذ منه اثم وهل يملك وجهان احدهما أنه لا يملك كما لو ازال التحجير وليس هذا باقل منه كما في مجمع البرهان (قلت) بل ينبغي الجزم بعدم ملكه اذا كان المعدن بقدر حاجة السابق اودونها لانه في الواقع للسابق لانه يقال له أنه حازه عرفا فتأمل كما ينبغي الجزم بملكه اذا زاد عن مطلوبها كما هو الشان لو سبق الى الفرات الاعظم من مكان ضيق لا يسع الا واحدا فتغلب عليه اللاحق وانما يتأتى الوجهان فيما اذا كان بقدر حاجة احدهما او نصف حاجة الآخر فتدبر هذا وظاهر الفتاوى انه لا سبق في المعادن للذمي والمسالم ﴿ قوله ﴾ ﴿فان تسابق اثنان اقرع مع تعذر الجمع ويحتمل القسمة وتقديم الاحوج﴾ وفي الخلاف والمبسوط والسرائر فان تسابق اثنان اقرع بينهما الامام عليه السلام ويجب تقييده بمثل ما في جامع الشرائع قال فان ضاق اقرع اذ معناه أنه اذا لم يمكن الجمع بينهما للاخذ في زمان واحد من مكان واحد اقرع وهو المراد من تعذر الجمع في عبارة الكتاب والتحرير والتذكرة لقوله في الثلاثة بعد ذلك ويحتمل القسمة وقيل بالقسمة فيتعين ان يكون المراد بتعذر الجمع الجمع في الاخذ بل ذلك هو المراد من قوله في الشرائع فان تسابق اثنان وامكن ان يأخذ كل منهما بغيته فلا بحث والا اقرع وقيل يقسم وهو حسن واما قوله في الارشاد اقرع مع تعذر الاجتماع فيحتمل الاجتماع على القسمة ويحتمل الاجتماع على الاخذ وكلاهما لانه لم يذكر احتمال القسمة والقرعة في هذه العبارات المطلقة يحتمل أن تكون لتقديم أحدهما في الاخذ اذا زاد المعدن عن حاجتهما أو لتقديمه في الاستحقاق اذا لم يف بحاجتهما ويحتمل ارادتهما معا كما يأتي تفصيل ذلك وقوى في الايضاح القسمة وفي (الدروس واللمعة)

ولو كان الى جنب المملحة ارض موات فحفر فيها بئراً وساق الماء اليها فصار ملحا صح (متن)

وان تعذرت القسمة اقرع فقد جعل القرعة بعد تعذر القسمة وهو يخالف ما في الكتاب والشرائع والتذكرة والتحرير ومراده انه ان أمكن القسمة بينهما وجب قسمة الحاصل لتساويهما في سبب الاستحقاق وامكان الجمع بينهما فيه بالقسمة وان لم يمكن الجمع بينهما للاخذ من مكان واحد باعتبار عدم امكان قسمة المكان فان تعذرت القسمة اقرع ويجب تقييده بما اذا لم يزد المعدن عن مطلوبهما وان كثر لانه اذا زاد لامعنى للقسمة لعدم اختصاصهما به وأما تعذر القسمة فهو اما لقلة المطلوب كما قيل ولانرى وجهاً او لعدم قبوله القسمة كقطعة من الياقوت والذي ينبغي تحصيله في الباب انه اذا اتسع بمطلوبهما وزاد عن حاجتهما ولم يمكن أخذهما دفعة لضيق المكان القاضي بالتعاقب المانع من الاشتراك وجبت القرعة وان امكنت قسمة الحاصل وفائدتها أي القرعة حينئذ تقديم من اخرجته في اخذ حاجته كما لو ازدحما على القران الاعظم من شرعة ضيقة لا تسع الا واحداً وان لم يتسع بمطلوبهما ولم يف بحاجتهما فان امكنت قسمة الحاصل وجبت لما عرفت والا فالقرعة لاستوائهما في الاولوية وعدم امكان الاشتراك والقسمة واستحالة الترجيح فأشكل المستحق فبين بالقرعة فمن اخرجته اخذ الجميع(١) وهذا غير حاصل جامع المقاصد مع انه بظاهره لاحاصل لآخره قال فتحصل انه مع السعة بمطلوبهما المرجع الى القرعة في التقديم (التقدم خ ل) ومع عدمه فالقسمة فان تشاحا في التقدم اقرع وقد قال ان هذا هو التحقيق هذا وقد سمعت انه في الشرائع استحسن القول بالقسمة وحكاه في التذكرة عن بعض علمائنا قال انه قال ان الحاكم ينصب من يقسم بينهما لكنا لم نجد هذا القائل بعد فضل التتبع من المقنعة الى المختلف وانما هو احد وجوه الشافعية وأما تقديم الاحوج فهو الوجه الثالث للشافعية قالوا ان الامام يجتهد ويقدم من يراه احوج وأحق لان سبب الاستحقاق الحاجة ومتى كان سببه اقوى استحق التقديم وهو ضعيف جداً لان الحق لجميع الناس من محتاج وغيره وعند الازدحام يمتاز هذان عن سائر الناس بالاولوية بالسبق والاحوجية لاأثر لها ويأتي للمصنف فيما اذا استبق اثنان للانتزاع من ماء العيون والآبار انه يقرع بينهما ولم يذكر احتمالي القسمة وتقديم الاحوج مع انه ان كانت حاجة المحتاج هناك الخوف على نفس محترمة قدم قطعا كما ان الماء اذا كان قليلا لايسعهما كان القول بالقسمة قويا جدا هذا ولو ان احدهما قهر الآخر وأخذ مطلوبه أثم قطعا ثم ان كان المعدن واسعا ملك بالاخذ لانه لم يملك ما استحقه الآخر والا فان لم يقبل القسمة لم يملك اصلا الا بالقرعة لانه في الواقع ملك لاحدهما وهو الذي تخرجه القرعة وان كان قبلها لم يملك ماتقتضي القسمة استحقاقه اياه وعبارة جامع المقاصد قاصرة عن اداء تمام هذا المعنى كعبارتي المسالك والروضة فان فيهما لو تغلب احدهما على الآخر اثم وملك بخلاف تغلبه على اولوية التحجير والماء الذي لا يفي بغرضهما والفرق ان الملك مع الزيادة لا يتحقق بخلاف ما لو لم يزد ومن الغريب قوله في الكفاية ان المشهور انه اذا تغلب أحدهما على الآخر اثم وملك وفيه اشكال انتهى ﴿ قوله ﴾ ﴿ ولو كان الى جنب المملحة ارض موات فحفر فيها بئرا وساق

---

(١) وينبغي التأمل في عدم امكان القسمة والاشتراك (منه قدس سره)

ملكها ولم يكن لغيره المشاركة ولو اقطع الامام هذه الارض جاز (واما الباطنة) وهي التي لا تظهر بالعمل كالذهب والفضه والحديد والنحاس والرصاص والبلور والفيروزج فقيل انها للامام أيضا خاصة والاقرب عدم الاختصاص فان كانت ظاهرة لم تملك بالاحياء أيضا (متن)

الماء اليها فصار ملحا صح ملكها ولم يكن لغيره المشاركة ولو اقطع الامام هذه الارض جاز ﴾ اما انه يصح ملكها أي البئر وان للامام اقطاعها فقد صرح به في المبسوط والمهذب والشرائع والتذكرة والتحرير والارشاد وجامع المقاصد والكفاية والمسالك وفي الاخير ان الاخير لاخلاف فيه واما انه ليس لغيره مشاركته فقد صرح به في جامع المقاصد وهو قضية كلام الباقين لتصريحهم بملكه له واختصاصه به والوجه ان ذلك احياء للارض بحفر البئر واما المملحة فانها على حكمها وهذا ما اشرنا اليه فيما عارضنا به المحقق الثاني وقد صرح في المبسوط وغيره ان المحجر لما يختص بها ايضا ﴿ قوله ﴾ (واما الباطنة فهي التي تظهر بالعمل) بمعنى انه لايوصل اليها الا بعد المعالجة والمؤنة كما طفحت بذلك عباراتهم فالمحتاجة الى العمل اليسير لان كانت مستورة بنحو التراب القليل من المعادن الظاهرة اذا كانت في أرض موات غير محياة لان احياءها وحدها بكشف نحو هذا التراب عنها لايعد احياء عرفا كما تقدم ويأتي بخلاف المستورة كذلك في الارض الموات اذا أحياها احد فانه يملكها بكشف ذلك عنها وان لم يكن اظهارها كذلك بحيث يعد احياء والفارق التبعية في هذا لما يملك بالاحياء دون الاولى كما ستسمع ﴿ قوله ﴾ (كالذهب والفضة والحديد والنحاس والرصاص والبلور والفيروزج) والياقوت وسائر الجواهر المبثوثة في طبقات الارض كحجارة البرام وغيرها مما يكون في بطون الارض والجبال وأما الموجودة في ظاهر الارض بحيث لايتوقف الشروع فيها على حفر شيء من الارض خارج عنها فمعدودة من المعادن الظاهرة بقول مطلق تملك بالحيازة وكذا لو ظهرت الجواهر الباطنة كقطعة ذهب أو حجر فيروزج بالسيل ونحوه فانها من الظواهر أيضا كما صرح به جماعة ﴿ قوله ﴾ (فقيل انها للامام خاصة والاقرب عدم الاختصاص) وقد تقدم الكلام في ذلك وقال في (الايضاح) وانما قال في الظاهرة انها مشتركة وقال هنا بعدم الاختصاص لان هذه ملحقة بالموات فمن أحيي شيئا منها فهو أحق به وقال في (جامع المقاصد) انه لا تفاوت بين العبارتين الا التفنن وفي استفادة ما قاله في الايضاح من هذا اللفظ نظر فان الاشتراك في الاول لايراد به الا عدم الاختصاص فان أراد الاشتراك الحقيقي فمعلوم البطلان لان الناس في المعادن الظاهرة سواء (قلت) قد عبر النبي صلى الله عليه وآله وسلم في مثل المعادن الظاهرة بالاشتراك وكذلك الامام عليه السلام وفي الموات بالاحقية أي الاولوية والاختصاص ففي النبوي الناس شركاء في ثلاث الماء والنار والكلأ (وقال الكاظم عليه السلام) ان المسلمين شركاء في الماء والنار والكلأ لكن كلام الايضاح على ظاهره لايكاد يتجه الا أن يكون أراد ان المعادن الباطنة كالموات لايتحقق فيها الاشتراك حقيقة ولا مجازاً فلا يصح أن يقال فيها الاقرب الاشتراك لأنها ليست كالمعادن الظاهرة والفرات الاعظم لكل احد أن يتناول منها وانما يتصور الاشتراك فيها بمعنى ان لكل أحد ان يحييها ويملكها ملكا حقيقيا وليس كالموات وهذا لايقال فيه بالاشتراك حقيقة ولا مجازاً الا على بعد شديد ومجاز بعيد وأما المعادن الظاهرة والفرات الاعظم فالاشتراك فيها مجاز قريب معتبر ﴿ قوله ﴾ (فان كانت ظاهرة لم تملك بالاحياء أيضا) قد عرفت الظاهرة

وان لم تكن ظاهرة فحفرها انسان واظهرها احياها فان كانت في ملكه ملكها وكذا في الموات ولو لم يبلغ بالحفر الى النيل فهو تحجير (متن)

وما هو معدود منها وملحق بها وهو ثلاثة أقسام والمراد هنا المستورة بنحو تراب يسير وقد تقدم أنها اذا أحياها وحدها لاتملك بكشفه عنها لان ذلك لايعد احياء وكان حاصل كلامه ان المعادن الباطنة لغة ان كانت ظاهرة شرعا واصطلاحا لم تملك ﴿ قوله ﴾ ﴿ وان لم تكن ظاهرة فحفرها انسان احياها فان كانت في ملكه ملكها وكذا في الموات ﴾ مما صرح فيه بان الباطنة تملك بالاحياء والعمل بلوغ نيلها المبسوط والمهذب والسرائر والشرائع والتذكرة والتحرير والارشاد والدروس واللمعة وجامع المقاصد والمسالك والروضة ومجمع البرهان والمفاتيح وظاهر المبسوط والمهذب والتذكرة والسرائر في موضعين من الاخير الاجماع على ذلك فلا معنى لقوله في الكفاية انه المشهور فان كان نظره الى من قال انها للامام (ففيه) انه قد اتفقت كلمة الفريقين على انها تملك بالاحياء لكن القائلين بانها للامام يقولون بتوقف ذلك على اذنه حال حضوره لاغيبته ولاخلاف في ذلك الامن الشافعي في أحد قوليه حيث قال ان المعدن لايملك بحال ثم عد الى العبارة قال في (جامع المقاصد) قد يفهم من قوله اذا كانت في ملكه ملكها انه يملك مافي ملكه بالاحياء وليس كذلك بل هو مملوك لكونه من أجزاء أرضه ولهذا لو أراد احد الحفر من خارج ارضه لم يكن له الاخذ مما كان داخلا في ارضه لانه من أجزاء الارض المملوكة انما يأخذ ماخرج صرح به في التذكرة قال لكن يمكن ان تنزل العبارة على معنى صحيح وهو ان من أحيى معدنا في ارض ملكه على حسب ما يقتضيه الحال وان خرج بعضه عن ارضه الى موات فليس لاحد حينئذ ان يحفر في الموات بحيث يأخذ مما استحقه الاول وان لم يكن في ارضه فقوله ملك بالاحياء يفيد ذلك لانه يملك احياءه ويستحق حريمه وان لم يكن في ملكه قال واستشكل في التحرير (قلت) وجزم في التذكرة بعدمه ولايخفى عليك الفرق بين ملكه بالاحياء وبين انه ملك ان يملك بالاحياء فكان الاولى ان يقول كما يأتي انه يملك المكان وحريمه بمعنى انه له أن يمنع غيره ويملك احياءه فيصح قوله ان كانت في ملكه ملكها لان كلامه ايضا في جامع المقاصد مفروض فيما اذا اراد الآخر الاخذ مما في حريم الاول وبه يفارق كلام المصنف والجماعة فيما يأتي في قوله ولو حفر فبلغ المعدن فانه مفروض في ان الآخر حفر فيما خرج عن الحريم والمرفق كما ستسمع قال في (التذكرة) لوظهر في ملكه معدن بحيث يخرج النيل عن ارضه فحفر انسان من خارج ارضه كان له ان يأخذ ما يخرج عن ارضه لانه لايملك بل يملك ما هو من اجزاء ارضه وليس لاحد ان يأخذ ما كان داخلا في ارضه من اجزاء الارض انتهى ونحو ذلك ما في المسالك وموضع آخر من التذكرة بل في موضع آخر من التحرير وستسمعه ومراده بقوله (في التذكرة) يخرج النيل عن ارضه خروج بعضه بقرينة مابعده (وقال في التحرير) ولو ظهر في ملكه معدن بحيث يخرج عن ارضه فحفر انسان من خارج ارضه فهل له الاخذ مما خرج عن ارضه اشكال وانت خبير بانه لاحاجة الى تجشم ذلك اذ اقصى ماهناك الظهور وهو لايضر مع وضوح الحكم ولعل الغرض من التنصيص على ذلك بيان ان المعدن ليس كالكنز لا يملك وان كان في ملكه لان الكنز مودع في الارض ليس جزءا منها بخلاف المعدن كما ذكر ذلك في التذكرة او يكون الغرض بيان ان الاحياء في المعادن الباطنة لايتصور اذا كانت في ملك الغير وان لم يعلم بها الغير وانما يتصور ملكها واحياؤها في غير ملك الغير ﴿ قوله ﴾ ﴿ ولو لم يبلغ بالحفر النيل فهو تحجير

لا احياء ويصير حينئذ اخص ولا يملكها بذلك فان اهمل اجبر على اتمام العمل أو الترك وينظره السلطان الى زوال عذره ثم يلزمه أحد الامرين ويجوز للامام اقطاعها قبل التحجير والاحياء ولا يقتصر ملك المحيي على محل النيل بل الحفر التي حواليه وتليق بحريمه يملكها ايضاً ولو احيى ارضاً ميتة فظهر فيها معدن ملكه تبعا لها (متن)

لا احياء و يصير حينئذ اخص ولا يملكها فان اهمل اجبر على اتمام العمل اوالترك وينظره السلطان الى زوال عذره ثم يلزمه احد الامرين ويجوز للامام اقطاعه قبل التحجير والاحياء﴾ قد صرح بذلك كله في المبسوط والمهذب متفرقا والشرائع والتذكرة والتحرير وجامع المقاصد والمسالك وغيرها ولم يذكر في الدروس انظار السلطان له الى زوال عذره ولعله لتقدم ذكره في التحجير كما تقدم لنا بيان حال ما اذا أهمل هناك ولو اعتذر بالاعسار فطلب الامهال الى اليسار فقد احتمل في جامع المقاصد عدم اجابته وهو كذلك لأنه لعدم الامد يستلزم التطويل فيفضي الى التعطيل والظاهر أنه لا خلاف في انه اذا لم يبلغ بالحفر النيل يكون تحجيرا وليس باحياء لكن قال في السرائر هذا عند المخالف اما عندنا فلا فرق بين التحجير والاحياء ذكر ذلك في باب الجزية وقد استنهض ذلك قبل ذلك من كلام المبسوط كما تقدم بيانه وحيث تحجر يكون أحق به و بمرافقه على قدر الحاجة في العمل عليه كما في البئر و به صرح في التذكرة وغيرها واما أنه للامام اقطاع هذا النوع من الموات فلانه بمعناه ولعموم ولايته ولو قلنا أنه يملكه فاولى بالجواز وفي (التذكره) عن الشافعي أنه لا يقطعه الا بقدر ما يتمكن المقطع من العمل عليه والاخذ منه لان الزائد عليه يضيق على الناس قال وقال علماؤنا للامام ان يقطعه الزائد (قلت) هو ظاهر المبسوط أو صريحه وظاهر اطلاق الباقين لكنه اختار في التحرير مذهب الشافعي ﴿قوله﴾ ﴿ ولا يقتصر ملك المحيي على محل النيل بل الحفر التي حواليه وتليق بحريمه يملكها ايضا ﴾ في المبسوط والمهذب أنه اذا احيي المعدن فهو احق به وبمرافقه التي لا بد منها على حسب الحاجة اليه ان كان يخرج ما يخرج منه بالايدي وان كان يخرج بالاعمال فكما ذكرناه في الموات وقد ذكرنا مما في الموات ان المدار على الحاجة مما يتوقف عليه الدواب والدولاب والمستقى ونحو ذلك وقال في (التذكرة) كما يملكه يملك ما حواليه مما يليق بحريمه وهو قدر ما يقف الاعوان والدواب ووافقه على ذلك صاحب المسالك وفي (الدروس والروضة والكفاية) من ملك معدنا ملك حريمه وهو منتهى عروقه ومطرح ترابه وطريقه وما يتوقف عليه عمله ان عمله عنده وفي (جامع المقاصد) لعله يريد بمنتهى عروقه اذا كانت غير بعيدة اما مع البعد فهو غير ظاهر لانه من المعلوم ان المعدن اذا طال كثيراً لا يملك جميعه بالاحياء من بعض اطرافه (قلت) وهو كذلك كما يأتي في كلام المصنف وغيره وكيف كان فالمدار في ذلك على العرف لأنه المحكم في ذلك والمراد بالحفر التي حواليه ما يريد ان يحفرها فهي الحفر بالقوة لا بالفعل ﴿قوله﴾ ﴿ ولو احيى أرضا ميتة فظهر فيها معدن ملكه تبعا لها ﴾ كما في المبسوط والسرائر والمهذب والشرائع والتذكرة والتحرير والارشاد والدروس وجامع المقاصد والمسالك والروضة ومجمع البرهان الا أنه قد خليت الثلاثة الاول والدروس وغيره عن ذكر التبعية وهو في محله كما تقضي به قواعد الباب وتعليلهم الآتي وفي الاولين أنه لاخلاف فيه وظاهر الاول بل والثاني نفيه بين المسلمين وفي (الكفاية) انه المشهور وليس في محله لأنه لم ينقل فيه خلاف عن أحد من الخاصة والعامة لانه جزء من اجزائها وخلوق

ظاهراً كان أو باطنا بخلاف مالو كان ظاهراً قبل احيائها ولو حفر فبلغ المعدن لم يكن له منع غيره من الحفر من ناحية اخرى فاذا وصل الى ذلك العرق لم يكن له منعه لانه يملك المكان الذي حفره وحريمه ولوحفر كافر ارضا فوصل الى معدن ثم فتحها المسلمون ففي صيرورته غنيمة أو للمسلمين اشكال (متن)

منها وكذا لو اشترى أرضا وفيه معدن فانه له كما في المبسوط والمهذب والسرائر والجامع والتذكرة والتحرير والمسالك بخلاف الكنز الذي من دفن الاسلام فانه لقطه وان كان ركازا من دفن الجاهلية ملكه كما صرح بذلك في المبسوط والمهذب والسرائر والتذكرة والمسالك ولا فرق بين أن يعلم به حين احيائها وعدمه كما هو الظاهر من اطلاق الفتوى وصريح المسالك ﴿قوله﴾ ﴿ ظاهراً كان أو باطناً بخلاف ما لو كان ظاهرا قبل احيائها ﴾ كما صرح بذلك كله في التذكرة والتحرير والدروس وجامع المقاصد والروضة والمراد بالظاهر الاول ما لا يحتاج في اظهاره الى عمل معتد به بحيث يعد احياء كما تقدم بيانه و بالثاني ما لم يكن مستورا كأن يكون ظاهرا منكشفا ولا يكون لاحياء الارض دخل في ظهوره ﴿ قوله ﴾ ﴿ ولو حفر فبلغ المعدن لم يكن له منع غيره من الحفر من ناحية اخرى فاذا وصل الى ذلك العرق لم يكن له منعه لانه يملك المكان الذي حفره وحريمه ﴾ كما في التذكرة والتحرير وجامع المقاصد ومعناه انه لو جاء غيره وتجاوز ما يليق بحريمه ومقدار حاجته وحفر لم يكن له منعه من الحفر واذا وصل الى العرق والحال أنه خارج عن الموضع الذي هو ملكه وحريمه لم يكن له منعه منه أي العرق وقد علل المصنف الحكمين في الثلاثة بأنه يملك المكان الذي حفره وحريمه أي ولا يملك العرق الذي في الارض بذلك وهو كذلك صالح لكل من الحكمين وقد قال بعد ذلك في التحرير بلافاصلة اما اذا وصل الاول الى العرق فهل للثاني الاخذ منه من جهة اخرى الوجه المنع فان الاول يملك حريم المعدن والظاهر انه يريد أن أخذ الثاني ممنوع منه اذا كان موضع الاخذ حريما للاول والا لم يطابق الدليل الدعوى وبما حررناه يعرف الفرق بينه و بين ما تقدم من كلام التذكرة والتحرير وجامع المقاصد عند شرح قوله فان كانت في ملكه ملكها كما نبهنا عليه هناك ﴿ قوله ﴾ ﴿ ولو حفر كافر ارضا فوصل الى معدن ثم فتحها المسلمون ففي صيرورته غنيمة أو للمسلمين اشكال ﴾ ينشأ من أن الاحياء يقتضي ملك المعدن فيكون غنيمه لأنه ليس من جنس الارض لأنه يعد غيرها ويخالفها في الماهيه ولانه في حكم المنقول او هو منقول بالقوة القريبه وهو الذي قواه في الايضاح واستظهره في جامع المقاصد وهو ايضا خيرة المبسوط والمهذب والتذكرة والتحرير مستندين جميعا الا انه لا يعلم ان من اظهره هل قصد التملك ام لا فلا يدري انه كان ملكه فيغنم ام لا فيكون على اصل الاباحة فيجري مجرى من حفر بئرا في الباديه ثم ارتحل عنها وهو ضعيف جدا لانك قد عرفت الوجه في ذلك مضافا الى ان القرائن في بئر الباديه دلت على أنه انما اراد دفع حاجة حاضره اذلا يقصد احد التملك ببئر في الباديه بخلاف ما نحن فيه فان القرائن فيه دالة على قصد التملك لان الفعل الذي لا يكون الا للتملك بحسب الغالب كاف في حصول الملك ولا يعتبر العلم بنية التملك وان شرطناها عملا بالظاهر والا لكان الحافر لمعدن الى أن يناله لا يختص به لعدم العلم بكونه نوى التملك فلا يمنع من اراد الاخذ وهو باطل والوجه الآخر

ومن ملك معدنا فعمل فيه غيره فالحاصل للمالك ولا اجرة للغاصب ولو اباحه كان الخارج له ولو قال له اعمل ولك نصف الخارج بطل لجهالة العوض اجارة وجعالة فالحاصل للمالك وعليه الاجرة (متن)

من الاشكال انه اما جزء من الارض التي لا تنقل او مشابه لما في ذلك وهو ضعيف جداً لما عرفت ولذلك اتفقت كلمة المتعرض لهذا الفرع على خلافه وان اختلفوا في المأخذ ﴿ قوله ﴾ (ومن ملك معدنا فعمل فيه غيره فالحاصل للمالك ولا اجرة للغاصب) كما هو واضح لأنه عاد وقد نص عليه في المبسوط وغيره والمراد ان غيره عمل فيه باستخراج الجوهر منه بعد ملك المالك له ﴿ قوله ﴾ (ولو اباحه كان الخارج له) يريد أنه لو أباحه المالك صح تصرفه ولا يملك الا الخارج ولا يخرج بذلك عن ملك المالك ما دامت العين باقية ﴿ قوله ﴾ (ولو قال اعمل ولك نصف الخارج بطلت لجهالة العوض اجارة وجعالة فالحاصل للمالك وعليه الاجرة) كما في المبسوط والتذكرة وكذا جامع المقاصد اما بطلان الاجارة فظاهر ليس محل تأمل لاحد الجهالة واما الجعالة فقد احتمل في الدروس والحواشي صحتها بناء على ان الجهالة التي لا تمنع من تسليم العوض غير مانعة من الصحة (واعترضه في جامع المقاصد) بانه قد يقال ان هذه مانعة من التسليم اذ لا يعلم متعلق المعاملة لعدم وقوف الحفر عند حد تتم المعاملة عليه فلا يكون الذي يبذل العوض في مقابلته معلوما متعينا بحيث اذا تحقق اتيانه به استحق ويلزم من جهالته جهالة العوض اذ لا يتعين قدر الخارج بعين بخلاف من رد عبدي فله نصفه والمطابق لهذا أن يقال من أخرج كذا وكذا فله نصفه انتهى وهو تفصيل تلخيص ما أجاب به في الحواشي عن هذا الاحتمال (وأجاب) أيضاً بفرق آخر وهو ان صحة الجعالة في الاعيان متوقفة على ملك الجاعل لتلك العين والشرط مقدم على المشروط ويلزم ملك الجاعل العين قبل الجعالة وهنا الملك متأخر انتهى وهو غريب لان المفروض ان الجاعل مالك المعدن بالاحياء ثم انه قد تقدم لنا في باب الجعالة ان المانع من جهالة العوض لا يقول أنه يبطل اصل العقد وانما يبطل المسمى فلو جعل له جعلا مجهولا صحت الجعالة وكانت له اجرة المثل لان ثمرتها تحصيل المنفعة بعوض فيصح من رد عبدي أو ثوبي فله مال أو شيء أو ارضيه أو أعطيه والثاني ان العادة مطردة في اعمال كثيرة مجهولة بجزء منها مجهول وتنقيح ذلك في باب الجعالة ولو قال اعمل فما اخرجت فهو لك ولنفسك فقد قال في المبسوط لا يصح لانه هبة مجهول والمجهول لا يصح ملكه فكل ما يخرجه فلصاحب المعدن الا ان يستأنف له هبة بعد الاخراج ويقبضه اياه ولا اجرة للعامل لانه عمل لنفسه ويجري ذلك مجرى أن يهب انسان زرعه وهو مجهول فينقله الموهوب من موضع الى موضع آخر يريد به تبقيته ثم يتبين ان الهبة كانت فاسدة فلا يكون للموهوب له شيء من الزرع ولا له اجرة المثل لانه انما عمل لنفسه وعلى انه مالكه انتهى وقد وافقه على ذلك كله القاضي في المهذب وقد حكاه في التذكرة عن الشيخ والشافعي مختارا له وقال انه ليس كالقراض الفاسد لان العامل فيه عمل للمالك لا لنفسه ولما لم يسلم له المشترط رددناه الى أجرة المثل وقد حكى في جامع المقاصد عن التذكرة حكايته عن الشيخ ساكتاً عنه وظاهره اختياره وقد حكى ذلك في الدروس عن الشيخ وقال يشكل الحكم بان لا أجرة للعامل مع جهالته بالحكم ولعله مال الى انه تجب له الاجرة لان عمله في الواقع وقع للمالك وهو غير معتد به ولا متبرع وقال في (التحرير) يكون ذلك اباحة للاخراج والتملك وان

﴿الفصل الرابع في المياه﴾ واقسامها سبعة (الاول) المحرز في الآنية او الحوض أو المصنع وهو مملوك لمن احرزه وان اخذ من المباح ويصح بيعه (الثاني) البئر أن حفرت في ملك أو مباح للتملك اختص بها كالمحجر (متن)

للمالك الرجوع في العين مع بقائها ولا أجرة له ولو قال له المالك استخرجه لي ولم يشرط له أجرة فحكمه حكم ما لو قال له اغسل ثوبي فغسله

﴿الفصل الرابع للمياه﴾

﴿قوله﴾ ﴿وأقسامها سبعة﴾ وقد جعلها في التذكرة والتحرير ثلاثة المحرز وماء الانهار وماء الآبار ثم قسم كلاً من الاخيرين الى أقسام ولكل وجه وقد نسج في المبسوط على منوال آخر تبعه عليه في السرائر وكيف كان فالاصل في الماء الاباحة عقلا مباشرة وحكما كاصلي الاباحة والبراءة ونقلا من اجماع ونص من عامي كقوله صلى الله عليه وآله وسلم الناس شركاء في ثلاث النار والماء والكلاء وخاصي كقول الكاظم عليه السلام ان المسلمين شركاء في الماء والنار والكلاء ولعل المراد بالنار الحطب أو انه لا يجوز لصاحب النار والمصباح منع الناس من أن يشعلوا من ناره بل يجب عليه تمكينهم من ذلك وقد يعرض له الملك بأمور ثلاثة الاحراز والاستنباط من بئر أو عين والاجراء من نهر مباح وان كان في الاخيرين خلاف كما ستسمع انشاء الله تعالى ﴿قوله﴾ ﴿الاول المحرز في الآنية أو الحوض أو المصنع وهو مملوك لمن أحرزه وان أخذه من المباح ويصح بيعه﴾ اما انه مملوك لمن أحرزه فباجماع العلماء كما في التحرير وبالاجماع كما في التذكرة والمسالك والمفاتيح وفي (جامع المقاصد) انه لا خلاف في حكم هذا القسم وفي (الكفاية) انه لا خلاف في اختصاصه بالمحرز لمن له أنواع التصرفات فيه كبيع وهبة ونحوها ولا يجوز لاحد الاخذ الا باذنه ونحو ذلك اجماع آخر في المسالك وهو كذلك بل هو ضروري وفي (التذكرة) لا خلاف في جواز بيعه وكان غرضه بأن الوصاة الرد على بعض الشافعية حيث قال من أخذ من المياه العامة شيئا في اناء لا يملكه بل يكون أولى به من غيره والمسلمون على خلافه وان عضده عموم النبوي ويمكن أن يكون رفعاً للشك بناء على ان المباح يبقى على أصل الاباحة للاستصحاب والتنبيه على ان المباح لا يحتاج في تملكه الى نية اذ نيته عين احرازه عند بعضهم ولا فرق في ذلك بين المسلمين وغيرهم عملا بعموم النبوي وعمومات الفتاوى وبه صرح في التذكرة ولا يجب عليه بذل الفاضل عن حاجته من هذا الماء المحرز بلا خلاف كما في المبسوط والخلاف وجامع الشرائع وليس كالفاضل من ماء البئر والعين فان فيه خلافا كما ستسمع وكان الاولى أن يقول في اناء أو حوض أو آنية وحياض لان الآنية جمع اناء والانسب التساوي في الافراد أو الجمعية ﴿قوله﴾ ﴿الثاني البئر ان حفرت في ملك أو مباح للتملك اختص بها كالمحجر﴾ أما انه اذا حفرها في مباح ولم يبلغ الماء يختص بها ويكون تحجيراً فقد صرح به في المبسوط وجامع الشرائع والشرائع والتحرير وجامع المقاصد وبه صرح في العين والنهر في الدروس وقد عبر بأنه اذا حفرها في ملك أو مباح للتملك في الشرائع والتذكرة والتحرير فيحتمل أن يكون قولهما للتملك قيداً للمباح فقط كما هو صريح المبسوط والسرائر قال في البئر ضرب يحفره في ملكه وضرب يحفره في الموات ليتملكها وضرب يحفره في الموات لا للتمليك فما يحفره في ملكه

فاذا بلغ الماء ملكه (متن)

فانما هو نقل ملكه الى ملكه لانه ملك الحل قبل الحفر انتهى وهو الظاهر من غيرهما وقد فهم في المسالك من عبارة الشرائع انه قيد لما قال انه يفهم من قيد التملك الاحتياج اليه في ملكه وفي المباح لجمله علة لما ثم قال ان الاظهر ان ما يخرج من المملوك من الماء مملوك تبعاً له كما تملك الثمرة الخارجة منه وربما قيل بعدم ملكه انتهى ولا ريب ان قوله اختص بها جواب عنهما ومعنى اختصاصه بها فيما اذا حفرها في ملكه ولم يبلغ الماء انه يختص بمائها فلو ان أحداً غلبه عليها وتم حفرها لم يملك ماءها ولا كذلك لو حفرها غاصب في ملكه ابتداء فانه يملك او يكون أولى به فليتأمل ﴿ قوله ﴾ (فاذا بلغ الماء ملكه) كما في المبسوط والمهذب والوسيلة وجامع الشرائع والشرائع والكتاب في البيع والتذكرة والتحرير والارشاد والدروس واللمعة وجامع المقاصد والمسالك والروضة ومجمع البرهان وغيرها وهو مذهبنا كما في السرائر والتذكرة ومذهب الاصحاب كما في المسالك والكفاية والاصح عند الشيخ والاصحاب كما في جامع المقاصد وهو المشهور كما في المفاتيح ذكروا ذلك في البيع والباب لانه نماء ملكه فأشبه الثمرة واللبن ولانه معدن ظاهر كسائر المعادن وعلى ذلك استمرت طريقة المسلمين في الاعصار والامصار ولا مخالف الا الشافعي في أحد قوليه لظاهر قوله صلى الله عليه وآله وسلم الناس شركاء في ثلاثة النار والماء والكلاء وبان من استأجر دارا كان له الانتفاع بماء بئرها ولو كان مملوكا للمالك لم يكن له التصرف فيه الا أن يأذن له المالك والخبر على تقدير صحته وعدم ضرر ترك ظاهره واراد على الماء المباح الذي لم يعرض له وجه مملك مع انه عامي من ذلك الفج ولعل الاولى بصاحب هذا القول ان يستدل بان الماء يتجدد آناً فآناً وليس ماؤه موجودا بتمامه حتى يتملك وستسمع تحرير القول في ذلك والبئر يدخل في اجارة الدار تبعا ثم انه قال في المبسوط وكل موضع قلنا فيه انه يملك البئر فانه احق بمائها بقدر حاجته لشربه وشرب ماشيته وسقي زرعه فاذا فضل بعد ذلك شيء وجب بذله بلا عوض لمن احتاج اليه لشربه وشرب ماشيته الى أن قال أما لسقي زرعه فلا يجب عليه لكنه يستحب (واستدل على ذلك) بما رواه ابن عباس ان النبي صلى الله عليه وآله وسلم قال ان الناس شركاء في ثلاث الخبر (وبما رواه جابر) ان النبي صلى الله عليه وآله وسلم نهى عن بيع فضل الماء قال فاذا ثبت انه يلزمه البذل فانه لا يلزمه بذل آلته من البكرة والدلو والحبل لان ذلك يبلى ويفارق الماء لانه ينبع ومثله ما في الخلاف مع زيادة الاحتجاج بخبر أبي هريرة عنه صلى الله عليه وآله وسلم انه قال من منع فضل الماء ليمنع به الكلاء منعه الله فضل رحمته ومراده ان الماشية ترعى بقرب الماء فاذا منع من الماء فقد منع من الكلاء وقد حكى ذلك في المختلف عن أبي علي وقال في (النية) اذا كانت البئر في البادية فعليه بذل الفاضل لغيره لنفسه وماشيته فخص ذلك في بئر الموات لا بئر داره وقد عرفت حال خبر ابن عباس وحال خبري جابر وأبي هريرة وقد أطبق المتأخرون عنه وعن أبي المكارم على خلافهم كما هو صريح ابني سعيد والمصنف والشهيدين والمحقق الثاني وغيرهم وهو الظاهر من القاضي وابن ادريس وغيرهما وقد نزلت هذه الاخبار على كراهة المنع واستحباب البذل في الجامع والشرائع والتذكرة والتحرير والمختلف والدروس وجامع المقاصد والمسالك والكفاية (اذا عرفت هذا) فتحرير القول في باطن الارض وما علاها ان الارض اذا كانت مملوكة ملك وجهها الظاهر ولو كان قعر بئر وأما الباطن وما علا على ملكه فالظاهر انه مملوك لانه حريم ومرفق له والا كثرون

ولا يحل لغيره الاخذ منه الا باذنه ويجوز بيعه كيلا ووزنا ولا يجوز بيعه أجمع لتعذر تسليمه والبئر العادية اذا طمت وذهب ماؤها فاستخرجه انسان ملكها (متن)

على ان الحريم مملوك كما تقدم (وان قلنا) انه غير مملوك كان له فيه الاحقية والاولوية فاذا كشفه ملكه وكذا اذا بنى فوقه ومعنى الاولوية ان له أن يمنع غيره من الحفر تحت داره ليعمل ذلك سردابا أو يستخرج الماء منه ﴿ قوله ﴾ ﴿ ولا يحل لغيره الاخذ الا باذنه ﴾ كما في المبسوط وغيره وهو مما لا ريب فيه عندنا ﴿ قوله ﴾ ﴿ ويجوز بيعه كيلاً ووزناً ولا يجوز بيعه أجمع لتعذر تسليمه ﴾ كما صرح بذلك كله في المبسوط والسرائر والشرائع والتذكرة والتحرير وغيرها وفي (المسالك) انه الاشهر ووجه تعذر تسليمه انه ينبع شيئاً فشيئاً فيختلط المبيع ولا يمكن التمييز ولا منع الاختلاط وقال في (الدروس) يباع كيلاً ووزناً ومشاهدة اذا كان محصوراً أما ماء البئر والعين فلا الا اذا أريد على الدوام فالاقرب الصحة سواء كان منفرداً أو تابعا للارض وكأنه مال اليه في المسالك ونفى عنه البعد في الكفاية واستدل عليه (بصحيحة) سعيد الاعرج عن أبي عبد الله عليه السلام قال سألته عن الرجل يكون له الشرب مع قوم في قناة فيها شركاء فيستغني بعضهم عن شربه أيبيع شربه قال نعم ان شاء باعه بورق وان شاء بكيل حنطة (ومثله رواية سعيد) ابن يسار وفي حسنة الكاهلي يبيعه بما شاء هذا مما ليس فيه شيء والصبير في بيعه راجع الى شربه وفي (موثقة) اسماعيل بن الفضل اذا كان الماء له فليزرع به ما شاء ويبيعه بما أحب وقد يقال ان لا دلالة في هذه الاخبار على جواز بيعه أجمع لاحتمال ان يكون المراد انه يبيع شربه كيلا أو وزنا ولذلك استدل بها في التذكرة على جواز بيع الماء المملوك الغير المحرز وقد صرح فيها قبل ذلك بما حكيناه هنا عنها وفي (موثقة) أبي بصير عن أبي عبد الله عليه السلام قال نهى رسول الله صلى الله عليه وآله وسلم عن بيع النطاف والاربعاء الى ان قال والنطاف أن يكون له الشرب فيستغني عنه فقال لا تبعه أعره اخاك وجارك وفي (موثقة) عبد الرحمن البصري عن ابي عبد الله عليه السلام نهى رسول الله صلى الله عليه وآله وسلم عن المحاقلة الى ان قال والنطاف شرب الماء ليس لك اذا استغنيت عنه ان تبيعه جارك تدعه له وينبغي حمل هاتين على الاستحباب جمعا بين الادلة وقد حمل في الاستبصار التذكرة وغيرهما النهي في موثقة أبي بصير على الكراهية (والاربعا) جمع ربيع وهو جدول او ساقية تجري الى النخل او الزرع (والنطاف) جمع نطفة وهو الماء الصافي والمراد به فضل الماء واما الصلح عليه فينبغي ان يجزم في الدروس بجوازه لانه اوسع دائرة من المبيع (وقضية) تقييدهم عدم جواز بيعه بجميعه واجمعه انه يجوز بيع بعضه ولا بد من ان يكون هذا البعض مقدرا بكيل اووزن او بجارٍ اسبوع مثلا في عرض ذراع او نحو ذلك والظاهر ان العين التي لا تجري كالبئر كما نص عليه في المبسوط والتذكرة وغيرهما وقال في (التذكرة) لو باع من الماء اصواعا معلومة فان كان جاريا كالقناة لم يصح اذ لا يمكن ربط العقد بقدر مضبوط لعدم وقوفه وان لم يكن جاريا كماء البئر فالوجه الجواز كما لو باع من صبرة قدرا معلوما ثم احتمل العدم لتجدد الماء الموجب لاختلاط المبيع فان باع صاعا من ماء معين مغاير له اغترف من ذلك الماء اذا انصب عليه ماء آخر قبل التسليم كما لو باع صاعا من صبرة ثم صب عليها صبرة اخرى قبل التسليم والفرق بينهما واضح بالعلم بالتجدد في البئر وعدمه في الصبرة والماء الفرق الذي يتحد به بين الماءين ولا كذلك الصبرتين ﴿ قوله ﴾ ﴿ والبئر العادية اذا طمت وذهب ماؤها فاستخرجها انسان ملكها ﴾ لانها قد ماتت فاحياها والبئر العادية القديمة وهي منسوبة الى عاد

و لو حفرها في المباح لا للتملك بل للانتفاع فهو احق به مدة مقامه عليها وقيل يجب بذل الفاضـل من مائها عن قدر حاجته وفيـه نظر (متن)

والعرب ينسبون القديم اليه ﴿ قوله ﴾ (ولو حفرها في المباح لا للتملك بل للانتفاع فهو احق به مدة مقامه ﴾ كما في المبسوط والسرائر والشرائع والتذكرة والتحرير والدروس واللمعه وجامع المقاصد والمسالك والروضة لانه لاينقص عن التحجير وقد قصد بالحفر اخذ الماء فيكون احق فتأمل واما انه لايملكها فلانه لم يقصد الملك والمحيي انما يملك بالاحياء اذا قصد الملك فاذا تركها حل لغيره الانتفاع بها فلو عاود الاول بعد الاعراض فالاقرب انه يساوي غيره كما في التحرير والدروس وغيرهما ﴿ قوله ﴾ (وقيل يجب بذل الفاضل من مائها عن قدر حاجته وفيه نظر) وقد حكي هذا القول في الشرائع أيضاً ونسب في الايضاح وجامع المقاصد والمسالك وغيرها الى الشيخ ولعله لانه يلزمه القول به بالاولوية والا فهو لم يتعرض له اصلا (وقال) في موضع آخر من التذكرة لو حفر البئر ولم يقصد التملك ولا غيره فالاقوى اختصاصه به لانه قصد بالحفر اخذ الماء فيكون احق وهنا ليس له منع المحتاج من الفاضل عنه لا في شرب الماشية ولا الزرع انتهى وهو يوافق ما نسبوه الى الشيخ ويجيء فيه نظر الكتاب لكن المفروض في كلام التذكرة أنه خلى عن قصد التملك وغيره (وفي كلام الشيخ) انه قصد عدم التملك ولايخفى مافي كلام التذكرة من المنافرة ووجه نظر الكتاب فيما نسب الى الشيخ من وجوب بذل الفاضل حيث نوى عدم التملك ان تملك المباحات ان لم يحتج الى نية فقد ملك هذا الماء فلا يجب عليه بذل فاضله كسائر الاموال وان احتاج الى نية فهو كالتحجير يفيد الاولوية وكيف كان فلا دليل على وجوب بذل الزائد و بذلك وجه في الايضاح وجامع المقاصد والوجه الاول لعله غير متجه لان الملك القهري خاص بالارث وكذا الثاني لانه اذا احتاج الملك الى نية ملك منه القدر المحتاج اليه لانه لابد وان ينويه والزائد معرض عنه فلا حجر ولا تحجير بعد أخذه القدر المحتاج اليه بل قبله ايضاً اذا كان زائدا على حاجته كثيرا (وقال في التذكرة) أيضاً بعد ما حكيناه عنها بثلاث تراجم .اسمه هل يعتبر القصد الى الاحياء في تحقق الملك للمحيي (الوجه)ان تقول ان كان الفعل الذي فعله للاحياء لايفعل في العادة مثله الا للتملك كبناء الدار واتخاذ البستان ملك به وان لم يوجد منه قصد التملك (وان كان) مما يفعله المتملك وغير المتملك كحفر البئر في الموات وزراعة قطعة من الموات اعتمادا على ماء السماء افتقر تحقق الملك الى تحقق قصده فان قصد افاد الملك والا فاشكال ينشأ من ان المباحات هل تملك بشرط النية ام لا وما لايكتفي به المتملك كتسوية موضع النزول وتنقيته الحجارة لايفيد الملك وان [illegible] وهذا كنصب الحبولة في طرق الصيد فانه يفيد الملك في الصيد واغلاق الباب اذا دخل [illegible] على قصد التملك يفيد الملك و بدونه وجهان وتوحل الصيد في ارضه التي سقاها لابقصد الصيد لايقتضي التملك وان [illegible] انتهى (ولايخفى) ماعنون به المسألة فانه لايوافق ماعنونه له لكن الامر سهل و [illegible] كلام التذكرة انه اذا نوى البناء الذي لايفعل الا التملك ولم يقصده أنه يملك وليس كذلك (وقال في جامع المقاصد) بعد نقل هاتين العبارتين عن التذكرة ان اشكاله الذي ذكره ينافي الجزم الذي تقدم وقد عرفت ان الاشكال انما هو في الملك والذي تقدم انما هو تقوية الاختصاص من دون جزم الا أن تقول أن تقوية الاختصاص تدل على عدم الملك هذا وقال (في جامع المقاصد) الذي يقتضيه النظر عدم اشتراط النية في تملك المباحات

فاذا فارق فمن سبق فهو احق بالانتفاع ولا يختص بها احد ولو حفرها جماعة ملكوها على نسبة الخرج (متن)

فللاصل ولعموم قولهم عليهم السلام من أحيى أرضا ميتة فهي له واشتراط النيـة يحتاج الى مخصص والاحياء في كل شيء بحسبه فحفر البئر الى أن يبلغ الماء أحياء وليس في الباب ما يدل على الاشتراط مما يعتد به وغاية ما يدل عليه ماذكروه أن عدم التملك مخرج للاحياء عن كونه سببا للملك اذ الملك القهري هو الارث كما صرح به (في التـذكرة) فانه قال في جملة كلام له أن الانسان لايملك مالم يملك الا في الميراث فعلى هذا ان نوى التملك بالاحياء ملك وكذا ينبغي اذا لم ينو شيئا بخلاف مالو نوى العدم فلا يملك وحينئذ فيتصور التوكيل في حيازة المباحات واحياء الموات (ثم قال) والاصح في مسئلة الكتاب عدم الملك وعدم وجوب بذل الفاضل (وقال في التذكرة) في مثله ان قلنا انه غير مملوك فالاقرب الوجوب دفعا لحاجة الغير وقد تقدم في باب اللقطة ان جماعة قالوا بانها تدخل في ملك الملتقط بعد التعريف قهرا ان كانت درهما او فوقه وبدونه ان كانت دونه وقد استدللنا هناك بالاخبار والاجماعات على انه لابد من النية في تملكها كسائر المباحات ﴿ قوله ﴾ (فاذا فارق فمن سبق فهو احق بالانتفاع ولا يختص بها) قد صرح بانه احق بالانتفاع بها في المبسوط والسرائر والتذكرة والشرائع والتحرير وقد سمعت فيما سلف ما في التحرير ايضا والدروس وغيرهما وزيد في الثلاثة الاول انه كالمعادن الظاهرة (قلت) فلا يزعج حينئذ قبل قضاء وطره طال الزمان أو قصر أخذ قدر حاجته أو زاد مالم يصدق عليه انه مقيم فانه يزعج اذا منع غيره (ولعله) الى ذلك اشار بقوله ولا يختص بها وقد خلت بقية العبارات عن ذلك ﴿ قوله ﴾ (ولو حفرها جماعة ملكوها على نسبة الخرج) كما في التحرير وجامع الشرائع ويجب تقييده بما اذا اشتركوا في جميع الحفر بحيث يكون كل جزء من الحفر لهم واجرته عليهم لانه يكون اشتراكهم حينئذ على نسبة الخرج وكذا اذا اختص كل منهم بحفر بعض وكان الخرج للجميع مطابقاً للعمل ولم يكن سعر العمل لبعضهم ازيد من سعر عمل البعض الآخر اذ نسبه العمل والخرج حينئذ مستويه في الجميع وان تفاوت السعر فالاشتراك على نسبة العمل لان خرج احدهم لو كان الربع وعمله في الحفر الخمس لزيادة السعر فى نوبته لم يكن له في سبب الاحياء الا الخمس ولا يجوز أن يعطى الربع لان ذلك ظلم كما ذكر ذلك كله في جامع المقاصد وهو معنى مافي الدروس في النهر والبئر والساقية من أنهم يملكونها على نسبة عملهم لاعلى نسـبة خرجهم الا أن يكون الخرج تابعا للعمل وبذلك عبر في الروضة في العين وقد نسب في المفاتيح في النهر أنه يملك على نسبة العمل الى الاكثر (قلت) قد صرح بذلك في ذلك الدروس كما سمعت وفي جامع المقاصـد والمسالك وقيـد في الآخرين قوله في الكتاب الملك في القناة المشتركة بحسب الاشتراك في العمل والخرج وقوله في الشرائع في النهر على قدر النفقة على عمله بما اذا تساوى العمل والخرج وقال والا فالعبرة بالعمل وفي (الحواشي) عن املاء المصنف انه قال ان كلامه في الكتاب في القناة يختص بما اذا اشتركوا في الحفر كله أما لوحفر بعضهم شيئا والآخر بعضا آخر ملك كل واحد بقدر عمله لا خرجه اذا لم يكن لصعوبة الارض بل لتفاوت سعر الاجرة وهو تنبه جيد جداً وعبارة التحرير في النهر كعبارة الشرائع (وقال في التذكرة) في النهر انهم يملكونه على قدر عملهم ونفقتهم والامر في ذلك ظاهر وهـذه التقييدات لبيان الحكم

وإذا حفر بئراً في ملكه لم يكن له منع جاره من حفر أعمق في ملكه وإن كان يسري الماء اليها والملك في القنات المشتركة بحسب الاشتراك في العمل أو الخرج (الثالث) مياه العيون والغيوث والآبار في الارض المباحة للا للتملك شرع لا يختص بها احد فمن انتزع منها شيئاً في اناء وشبهه ملكه ويقدم السابق مع تعذر الجمع فان اتفقا اقرع (متن)

والتنبيه على اطلاق المبسوط على انه خالف فيه حيث ذهب الى أنهم يملكون النهر ولا يملكون ماءه قال أنهم يملكون النهر على قدر نفقاتهم فان اتفقوا على السواء كان النهر بينهم بالسوية وان تفاضلوا كان ملكهم على ما انفقوا فالماء اذا جرى فيه لم يملكوه لكن يكون أهل النهر أولى به لان يدهم عليه ولان النهر ملك لهم ولكل واحد منهم أن ينتفع به على قدر الملك فان كان الماء كثيرا يسعهم أن يسقوا من غير قسمة سقوا وان لم يسعهم فان تهايؤا وتراضوا على ذلك جاز لهم وان لم يفعلوا واختلفوا نصب الحاكم في موضع القسمة خشبة مستوية الظهر محفورة بقدر حقوقهم فان كان لاحد ساقيه مائة جريب وللآخر بن الف جريب كانت الحفر احدى عشرة حفرة فتكون حفرة منها لساقية من له مائة جريب والباقي للباقي انتهى (وفي المسئلة قول ثالث) محكي عن ابي علي وهو أن حافر النهر مما يملك ماءه اذا عمل له ما يصلح لسده وفتحه من المباح وكأنه جعل الحيازة سبب الملك فهي من فعل المكلف فلا بد أن يكون مقدورا عليها كما يقدر على تركها وانما تحقق بذلك ﴿ قوله ﴾ ﴿ واذا حفر بئرا في ملكه لم يكن له منع جاره من حفر أعمق في ملكه وان كان يسري الماء اليها ﴾ قد تقدم الكلام في مثله عند قوله ولكل أحد أن يتصرف في ملكه كيف شاء ولو تضرر صاحبه فلا ضمان فلو جعل ملكه بيت حداد فلا منع ﴿ قوله ﴾ ﴿ والملك في القنات المشتركة بحسب الاشتراك في العمل والخرج ﴾ تقدم الكلام فيه آنفا ﴿ قوله ﴾ ﴿ الثالث مياه العيون والغيوث والابار في الارض المباحه لا للتملك شرع لا يختص بها أحد ﴾ يريد أن الناس شرع سواء في ماء العيون والغيوث والابار لا يختص بها أحد اذا كانت العيون والابار في الارض المباحة لا للتملك أما لو حفر عينا أو بئرا أو [illegible] في الارض المباحة قيد للجميع وقوله للتملك قيد في العيون والابار أو في الجميع وهو الاولى وقوله مياه العيون مبتدء خبره قوله شرع وقضية كلامه هذا أنه لو نوى عدم التملك أولم ينوشيئا انه لا يملك وهو كذلك كما تقدم بيانه ﴿ قوله ﴾ ﴿ فمن انتزع منها شيئا في اناء وشبهه ملكه ﴾ كما تقدم الكلام فيه ﴿ قوله ﴾ ﴿ ويقدم السابق مع تعذر الجمع ﴾ لثبوت الاحقية بالسبق وهو مما لا ريب فيه كما تقدم الكلام في السابق الى المعدن وعنه صلى الله عليه وآله من سبق الى مالا يسبق اليه مسلم فهو احق به وهو يقضي بان لا سبق للمسالم وليس كذلك قطعا بل هو كذلك في المعدن عملا بظاهر الفتاوى كما تقدم ﴿ قوله ﴾ ﴿ فان اتفقا اقرع ﴾ قد تقدم لنا التنبيه على حال ما اذا استبقا الى معدن ولم يمكن الجمع بينهما فان المصنف هناك احتمل القرعة والقسمة وتقديم الاحوج وقلنا انه هنا لم يذكر الاحتمالين الاخيرين مع ان حاجة الاحوج ان كانت الخوف على نفس محترمه فلا ريب في تقديمها كما ان القول بالقسمة اذا كان الماء قليلا لا يسعهما قوي جدا وقد تقدم لنا في باب التيمم في جماعة انتهوا الى ماء مباح واستووا في اثبات اليد عليه ماله نفع تام في المقام وقد قيل هناك في المعتبر والتذكره ان المانع القاهر آثم ويملكه لسبقه وفي (التحرير) التصريح بصحة طهارته حينئذ واستشكله في الذكرى

(الرابع) مياه الانهار الكبار كالفرات ودجلة والناس فيها شرع (الخامس) الانهار الصغار غير المملوكة التي يزدحم الناس فيها ويتشاحون في مائها أو مسيل يتشاح فيه اهل الارض الشاربة منه ولا يفي بسقي ما عليه دفعة فانه يبدء بالاول وهو الذي يلي فوهته (متن)

وجامع المقاصد ولعل الاصح عدم الصحة ﴿ قوله ﴾ (الرابع مياه الانهار الكبار كالفرات ودجلة والناس فيها شرع) كما في المبسوط والمهذب والسرائر وغيرها قال في (المبسوط) ان ماء البحر والنهر الكبير مثل دجلة والفرات وجيحون وسنجار والعيون النابعة في موات السهل والجبل مباح لكل أحد أن يستعمل منه ما أراد كيف شاء بلا خلاف لخبر ابن عباس المتقدم وفيه أيضا وفيما ذكره بعده وغيره ان هذا الماء لو دخل الى املاك الناس واجتمع فيها لم يملكوه كما لو نزل مطر واجتمع في ملكهم أو ثلج فمكث في ملكهم أو فرخ طائر في بستانهم أو توحل ظبي في أرضهم أو وقعت سمكة في سماريتهم لم يملكوه وكان ذلك لمن حازه بلا خلاف انتهى ما في المبسوط وقالوا لكن لا يحل لغير المالك الدخول الى الملك بغير اذن مالكه فلو فعل أثم وملكه وفي حكم هذه الانهار والعيون كل بئر عادي ﴿ قوله ﴾ (الخامس الانهار الصغار غير المملوكة يزدحم الناس فيها ويتشاحون في مائها أو مسيل يتشاح فيه أهل الارض الشاربة منه ولا يفي لسقي ما عليه دفعة) اذا اجتمعت الاملاك متعددة على ماء واحد ولم يكن مملوكا بل كان مباحا ولم يف بالجميع في وقت واحد ولم يتفقوا على التقدم والتأخر بل تشاحوا في ذلك فالحكم ما ستسمع واما اذا كان ملكا لهم فانه يقسم على قدر انصبائهم اما بقسمة الماء أو المهاياة ﴿ قوله ﴾ (فانه يبدء بالاول وهو الذي يلي فوهته) كما في الشرائع والنافع والتذكرة والتحرير وهو معنى ما في المبسوط والسرائر من انه يبدء بالاقرب فالاقرب وقوله في الغنية ومن قرب الى الوادي احق بالماء المجتمع فيه ممن بعد عنه وفي (الدروس) انه يبدء بالاول فان جهل فبمن يلي فوهته وهو معنى قوله في جامع المقاصد يبدء بالاول اذا سبق بالاحياء أو جهل الحال فيكون المراد بالاول عندهما الاول احياء ومعناه أنه انما يتقدم الذي يلي فوهة النهر اذا كان سابقا في الاحياء أو اشتبه التقدم أما لو علم المتقدم في الاحياء بدئ به أولا وان كان أبعد الجميع لان حق السابق بالاحياء سابق على الماء وقد اختاره في المسالك واستوجهه في الكفاية وقال في الاول واطلاق النصوص بتقديم الاقرب منزل على ذلك بل الاظهر تنزيله على حالة الاشتباه وقال في الثاني ان النصوص الدالة على تقديم الذي يلي فوهة النهر لا عموم له بحيث تشمل هذا القسم (وفيه) ان اخبار الباب وهي أربعة تضمنت أن يحبس الأعلى على الاسفل وان الأعلى يشرب قبل الأسفل وهذا الاطلاق يرجع الى العموم اذا لم يظهر له فرد شائع ولهذا تأمل فيه شيخنا صاحب الرياض وصاحب المفاتيح لكن الشيخ في المبسوط والمصنف في التذكرة والتحرير والكتاب فيما يأتي والمحقق الثاني وغيرهم صرحوا بأنه اذا أحيى انسان أرض ميتة على هذا الوادي لم يشارك السابقين وانما تردد فيه المحقق في الشرائع ولعله لما عرفت من عموم الرواية ومن سبق الاستحقاق ولعله تردد في أنه هل يصلح لهذا المتأخر مع ضيق الماء الاحياء من دون اذن السابقين لاحتمال اشتباه الحال على طول الزمان خصوصا اذا كان احياء في رأس النهر كما يأتي ان شاء الله تعالى وقد صرح في التحرير والتذكرة والكتاب فيما يأتي بانه لو سبق انسان الى مسيل ماء أو نهر غير مملوك فاحيى في اسفله مواتا ثم احيى آخر مواتا فوقه ثم أحيى ثالث فوقهما كان للاول وهو الاسفل

ويحبس على من دونه حتى ينتهي سقيه للزرع الى الشراك والشجر الى القدم والنخل الى الساق

السقي أولا ثم الثاني ثم الثالث وقد تقدم لنا نحو ذلك فكانت المسئلة اجماعية ممن تعرض لها فيخصص الاجماع الاطلاق فلا معنى للتأمل وذلك لضعف التتبع ﴿ قوله ﴾ ﴿ ويحبس على من دونه حتى ينتهي سقيه الزرع الى الشراك والشجر الى القدم والنخل الى الساق ﴾ هذا رواه اصحابنا كما في المبسوط والسرائر وظاهر السرائر العمل به وقد نسبه اليهما صاحب الرياض ونسبه الى المبسوط في جامع المقاصد والتنقيح وبه افتى في الشرائع والتذكرة والتحرير والارشاد والدروس وجامع المقاصد والمسالك وفي (التذكرة وجامع المقاصد والمسالك والكفايه والمفاتيح) انه المشهور وفي (الرياض) نسبته الى الاكثر وينبغي التامل في الشهرة قبل التذكرة لان الشيخ في النهاية ظاهره الخلاف كما ستسمع وهو صريح المحقق في النافع واما الشيخ في المبسوط فانه بعد ان ذكر اخبار العامه الدالة على السقي الى الجدر وعلى السقي الا الكعبين قال وروى اصحابنا ان الأعلى يحبس الى الساق للنخل والشجر الى القدم والزرع الى الشراك فاذا ثبت هذا قالا قرب يسقي ويحبس الماء عمن دونه فاذا بلغ الماء الكعبين ارسله الى جاره وهكذا فلم يظهر منه العمل بما حكاه عن اصحابنا نعم هو ظاهر السرائر وقال في (النهاية) قضى رسول الله صلى الله عليه وآله في سيل وادي مهزوران يحبس الأعلى على الذي هو اسفل منه للنخل الى الكعب وللزرع الى الشراك ثم يرسل الماء الى من هو دونه ثم كذلك يعمل من هو دونه وهو متن خبر غياث بن ابراهيم و به أفتى في النافع وقال في (الغنية) قضى رسول الله صلى الله عليه وآله وسلم ان الاقرب الى الوادي يحبس الماء للنخل الى أن يبلغ في أرضه الى أول الساق والى الزرع الى أن يبلغ الشراك ويظهر من التذكرة والتحرير حيث استدل فيهما بالاخبار العامية والخاصية على ما في المتن أنه لااختلاف بين القولين كما يظهر ذلك أيضا من المسالك والكفاية والمفاتيح الا بالتعرض للشجر وعدمه حيث استدل في المسالك للمشهور بخبر غياث ثم قال لا يخفى ضعف السند وعدم تعرضه للشجر غير النخل ونحوه مافي الكفاية والمفاتيح وهذا منهم جميعا اما مبني على انه اذا بلغ الكعب اعني قبة القدم بلغ أول الساق كما سمعته من عبارة الغنية وقد يكون المراد منها المعنى الثاني أو على ان الكعب هو المفصل بين القدم وعظم الساق و يراد بالساق مبدءه لا الزائد فقولهم الى الساق كناية عن منتهي الكعب (ويبقى الكلام) في الفرق بين تحديد الشجر الى القدم و بين تحديد النخل الى الكعب أو الى الساق لتقارب التحديدين على التقديرين في النخل تقاربا كاديقضي بالاتحاد واحتمال ان يراد بالساق غير مبدئه يقضي بالجهالة والاختلاف ولعله لذلك ترك ذكر الشجر في الخبر والنافع فيكون حاله حال النخل فتامل وما في التذكرة والتحرير من الاستدلال بما رواه العامة مبني على ان الرجوع الى الجدر في قوله صلى الله عليه وآله يازبير اسق ثم احبس الماء حتى يرجع الى الجدر كناية عن بلوغ الماء الى الكعبين في الاخبار العاميه والخاصية اوالكعب في بعض اخبار الخاصة لانه اذا بلغهما بلغ اصل الجدر (وقد يقال) لا مجال للاحتمال الثاني لان الكعب عندنا انما هو قبة القدم (لانا نقول) قد يكون المراد با الكعبين في خصوص المقام في اخبار الطرفين العظمان الناتئان في مجمع القدم واصل الساق لانه يكفي التقدير برجل واحده فالتثنية باعتبار انهما اثنان في الرجل الواحدة ولا كذلك الحال في آية الوضوء (وفيه) مع مافيه انه قد ثني الشراكان والساقان في مرسل الفقيه فلم يكن في تثنية الكعبين دلالة على ذلك وكيف كان فلا تعرض

ثم يرسل الى من دونه ولا يجب الارسال قبل ذلك وان تلف الاخير فان لم يفضل عن الاول شيء أو عن الثاني فلا شيء للباقين (متن)

في اخبار الطرفين فالشجر غير النخل الا ما أرسله الشيخ في المبسوط وابن ادريس في السرائر كما سمعت ولا تصريح فيا يكون السقي للنخل الى الساقين الا المرسل المذكور وما أرسله في الفقيه بقوله وفي خبر آخر الزرع الى الشراكين والنخل الى الساقين وقد حمله جماعة من الشراح على قوة الوادي فقد فهموا الاختلاف بين الاخبار والمراد بالوصول الى الشراك الوصول الى مافوق الاصابع و بالوصول الى القدم الوصول الى ظهره فقد تحصل ان الاخبار والفتاوى قد اتفقت على تقدير سقي الزرع بالشراك فلا أشكال فيه وأما الشجر فان كان حاله حال النخل وان تحديد سقي النخل في الاخبار المسندة بالكعبين والكعب يوافق تحديده بالساق في الاخبار المرسلة كان تحديد سقي الشجر بالقدم في الاخبار المرسلة اما موافقا لها أو مستدركا بل موهما خلاف المراد وان قلنا بالفرق بين تحديده بالكعبين والكعب و بين تحديده بالساق كانت المسانيد مخالفة للمراسيل اتحد الشجر مع النخل او اختلف والترجيح للمراسيل لمكان اعراض الاكثر عن المسانيد مع استفاضتها و وجودها في الجوامع الثلاثة العظام وفيها الصحيح الى ابن أبي عمير الملحق بالصحيح وانجبار المراسيل بالشهرة المحكية في التذكرة وغيرها ان تحققت والا فالشهرة بالنسبة الينا معلومة لان المخالف انما هو المحقق في النافع والشيخ في ظاهر النهاية ولا ترجيح في التنقيح وقد فهم فيه الخلاف بين كلامي النهاية والمبسوط (ولك ان تقول) انه في التذكرة والتحرير لم يستند في الاستدلال على المشهور الى المراسيل وانما استند الى المسانيد والاخبار العامية الموافقة للمسانيد وقد قلت ان ظاهره ان لا خلاف في الاخبار ولا خلاف بين الاصحاب (قلت) يدفع ذلك نسبته فيها مافي الكتاب الى المشهور بين الاصحاب وهو يقضي بوجود الخلاف الا أن تقول ان ذلك بالنسبة الى الشجر فقط لعدم ذكره في المسانيد واخبار العامة وقد عرفت انه يجيء الخلاف والاختلاف بين الاخبار وخصوصا ان نظرت في التحديد الى التحقيق كما عرفت فكان كلامهم غير خال من شوب الاضطراب هذا والمشهور كما في التذكرة والمسالك والكفاية في لفظة مهزور انها بتقديم الزاي على الراء المهملة وقد نص على ذلك في الدروس وغيره وهو الذي سمعه الصدوق ممن يثق (يوثق خ ل) به من أهل المدينة وقال ان مسموعي من شيخي محمد بن الحسن ابن مهروز بتقديم المهملة وذكر انه فارسي من هرز الماء وهو الماء الفاضل عن القدر المحتاج اليه وهو الذي اعتمده في التنقيح وقال قال بعض الفضلاء من العجم هذا يوافق المعنى دون اللفظ لان الفاضل من كل شيء يسمى بالعجمية هرزه بالهاء دون الواو فينبغي أن يقول ماهرزه الا أن يكون ذلك من تصرفات العرب وقال أبي في التنقيح قال شيخنا الشهيد في دروسه انه بالمهملتين وكانه اخذه من قول الجوهري (والمرور) الماء الكثير وهو الذي اذا جرى سمعت له هدرة وحكاية صورته (قلت) قد سمعت ما نص عليه في الدروس ولعل في النسخة غلطا حيث اثبت الكاتب [illegible] ﴿ قوله ﴾ ثم يرسل الى من دونه ولا يجب قبل ذلك وان [illegible] الاخير [illegible] عليه في السرائر والتذكرة والتحرير والدروس وغيرها [illegible] لا خلاف ولا اشكال فلا [illegible] في مقصد الشهرة (في جامع المقاصد) الا ان يكون اشار الى ما أتى من [illegible] المحقق [illegible] ﴿ قوله ﴾ ﴿ فان لم يفضل عن الاول شيء او عن الثاني فلا شيء للباقين ﴾ لا نعلم فيه مخالفا كما في التذكرة وحكي

ولو كانت أرض الأعلى مختلفة في العلو والهبوط سقى كلا على حدته ولو تساوى اثنان في القرب من الرأس قسم بينهما فان تعذر اقرع فان لم يفضل عن احدهما سقى من اخرجته القرعه بقدر حقه ثم تركه للآخر وليس له السقي بجميع الماء لمساوات الآخر له في الاستحقاق

عليه الاجماع في (المسالك) و به صرح الجماعه لانه لاحق للثاني والثالث مع الاول لسبقه ﴿ قوله ﴾ ﴿ ولو كانت الارض مختلفه في العلو والهبوط سقى كلا على حدته ﴾ كما في التذكرة والتحرير وجامع المقاصد والمسالك واستحسنه في الكفايه لانهما لوسقيا معا لزاد في المنخفضة عن الحد السايغ شرعا فيخرج عن المنصوص فوجب افراد كل واحد بالسقي بما هو طريقه توصلا الى متابعة النص بحسب الامكان (وقال في المسالك) ان اطلاق النص والفتوى بسقي الزرع هذا المقدار محمول على الغالب في ارض الحجاز من استوائها وامكان سقي جميعها كذلك فلو كانت كلها منحدره لم يقف فيها الماء كذلك سقيت بما تقتضيه العاده وسقط اعتبار التقدير الشرعي لتعذره واستجيبه في الكفايه (قلت) هذا الحمل جيد بالنسبة الى اصل مورد الخبر لا بالنسبة الى المفتين والرواة وهم عراقيون بل ينبغي الحمل على ان الغالب فيما يسقى سيحا و بالنواضح تساوي سطوح ارضه في الحجاز وغيره كما هو المشاهد اونقول ان الحال في الاختلاف في العلو والهبوط كالحال فيما اذا اشتملت الارض على نخل وشجر وزرع أو على اثنين منها فانه لابد ان يزيد احدها عن القدر الموظف له وكذلك فيما اذا كان البستان مختلفا في العلو والهبوط ولا يمكن سقي كل على حده فليتأمل لانه هنا متعذر ولعله لذلك ترك في الدروس وغيره ﴿ قوله ﴾ ﴿ ولو تساوى اثنان في القرب من الرأس قسم بينهما فان تعذر أقرع ﴾ كما في التذكرة والتحرير وجامع المقاصد والدروس والمسالك غير انه جعل في الاخيرين المهاياة بعد تعذر القسمة وقبل القرعة قال في (الدروس) قسم بينهما فان ضاق تهايا على ذلك فان تعاسرا أقرع بينهما (ووجهه واضح) ولعل من ترك المهاياة نظر الى انها لا اجبر عليها والمراد بقوله فان تعذر أقرع انه اذا تعذرت القسمة بينهما أقرع لان الحق لهما ولا اولوية في التقدم والمفروض انه لا يمكن الجمع ولابد من أن يفرض أنهما تساويا في الاحياء أيضا او جهل الحال كما تقدم وتساويهما في القرب يكون بان يكونا متحاذيين عن يمين النهر وشماله و يعتبر في القرب من الماء القرب بجزء منها أي الارض وان طالت فلو اتسعت احدهما على جانب النهر وضاقت الاخرى وامتدت الى خارج فهما متساويان لصدق قرب الملك ﴿ قوله ﴾ ﴿ فان لم يفضل عن احدهما سقي من اخرجته القرعة بقدر حقه ثم يتركه للآخر وليس له السقي بجميع الماء لمساواة الآخر له في الاستحقاق ﴾ كما صرح بجميع ذلك في التذكرة والتحرير وجامع المقاصد وكذا الدروس والمسالك ومعناه ان القرعة اذا أخرجت احدهما قدم في السقي وليس له ان يسقي مقدار حاجته لانه يفسد زرع الآخر كله أو بعضه بل ينظر (ينتظر خل) الى مقدار زمان السقي لهما ومقدار زمان صبر الزرعين وعدم تطرق الفساد اليهما والمفروض ان زمان الثاني قاصر عن زمان الاول لان المفروض ان الفاضل عن سقي الاول غير كاف في سقي الثاني فمقدار ماقصر به الزمان الثاني يوزع على كل من المالك الاول والثاني فيسقي الاول مقدار حقه وهو مايبقى بعد اسقاط حصته من التوزيع لامقدار حاجته ثم يرسله الى الثاني (مثاله) لو كان زمان سقي الاول اعني الذي اخرجته القرعة ستة ايام والآخر مثلها والباقي ثمانية ايام فلكل منهما اربعة ايام ولو تفاوتا في ذلك بان كان زمان سقي

والقرعه تفيد التقديم بخلاف الاعلى مع الاسفل ولو كانت ارض احدهما اكثر قسم على قدرها لان الزائد مساو في القرب ولو احيى انسان ارضا على هذا النهر لم يشارك السابقين بل يقسم له ما يفضل عن كفايتهم (متن)

الاول ستة ايام والآخر ار بعة ومجموع المده التي لا يبقى الزرعان بعد ثمانية ايام فللاول ثلاثة اخماس ثمانية ايام وللآخر خمساها فاذا انقضت ثلاثة اخماس الثمانية ارسل الماء الاول وهو من اخرجته القرعه الى الثاني لمساواتهما في اصل الاستحقاق كذا قال في جامع المقاصد (ونحن نقول) قد لا يكون السقي مقدرا بالزمان فالامر الجامع ان يقال انه يسقي بقدر حقه أي نصف المقدر على حسب المسق من نخل وشجر وزرع فيسقي النخل الى أن يبلغ نصف الساق وهو الى ظهر القدم والشجر الى أن يبلغ نصف ظهر القدم وهو الى الشراك والزرع الى نصف الشراك وهو اصول الاصابع تقريبا ويرسله الى الآخر فيأخذ نصفه لا غير فليلحظ ذلك وليتأمل فيه لان ذلك لابد له من زمان ويصعب التقدير بذلك مع التفاوت في النصيب ثم عد الى العبارة فقوله في كتبه الثلاثة وقول الشهيد في الدروس فان لم يفضل عن أحدهما غير محتاج اليه بل المحتاج اليه هنا ان لا يفضل عن اخرجته القرعة ثم ان مطلق عدم الفضل ليس شرطا في الحكم المذكور بل الشرط ان لا يفضل بقدر حاجة الآخر والمراد بقوله ليس له السقي بجميع الماء ان ليس له السقي بقدر حاجته بحيث يصير الضرر في جانب الآخر وقد ترك ذلك في الدروس (ومما ذكر يعلم) انه اذا فضل عمن أخرجته القرعة اذا قضى حاجة ما يقضي به حاجة الآخر فلا بحث وتركه المصنف لظهوره ﴿ قوله ﴾ ﴿ والقرعة تفيد التقديم بخلاف الأعلى مع الاسفل ﴾ كما ذكر ذلك أيضا في التذكرة والتحرير وهو جواب عن سؤال مقدر تقديره أي فائدة للقرعة حينئذ وقد حكينا (حكت خ ل) باستوائهما في السقي وجوابه ان فائدتها تقديم أحدهما على الآخر ولولاها لم يتحقق ذلك لعدم الاولوية لان الحكم في المتساويين في القرب خلاف حكم الأعلى مع الاسفل لانه يستوفي حاجته وان أفضى ذلك الى تلف زرع الاسفل لانه لا حق للسافل مع العالي الا بعد قضاء حاجته وأما المتساويان فالحق لكل منهما على طريق الاشتراك والتساوي ﴿ قوله ﴾ ﴿ ولو كانت أرض احدهما اكثر قسم على قدرها لان الزائد مساو في القرب ﴾ أي فيستحق جزأ من الماء كما لو كان هذا الزائد لشخص ثالث لان المدار في الاستحقاق على القرب وهو ثابت في الزائد وبالحكم صرح في التذكرة والتحرير والدروس وجامع المقاصد ﴿ قوله ﴾ ﴿ ولو أحيى انسان ارضا على هذا النهر لم يشارك السابقين بل يقسم له مايفضل عن كفايتهم ﴾ كما في المبسوط والتذكرة والتحرير وجامع المقاصد وعليه فلو لم يفضل عن كفايتهم شيء بان احتاج الاول الى السقي عند فراغ المتأخر رجع الحق اليه وهكذا ولا شيء لهذا الذي أحيا اخيرا سواء كان ما احياه اقرب الى النهر ام أبعد وتردد المحقق في الشرائع في الحكم المذكور ولعله لانه يحتمل مشاركته للسابقين بمعنى استحقاقه نوبة بعد نوبتهم وان احتاج السابق قبل أخذه النوبة لان النهر مباح بالاصل وانما استحقه من سبق بسبب الاحياء وقد شاركهم المتأخر كما شارك من قبله السابق عليه وهذا الاحتمال قوي لعدم ظهور الفرق بينه وبين من قبله بالنسبة الى من قبله واستقرار الملك قبله لمن قبله لا يجدي ان كان هو

وان كان الاحياء في راس النهر وليس لهم منعه من الاحياء ولو سبق انسان الى الاحياء في اسفله ثم احيا آخر فوقه ثم ثالث فوق الثاني قدم الاسفل في السقي لتقدمه في الاحياء ثم الثاني ثم الثالث (متن)

المستند فينبغي أن يشارك (١) (يقوى ان قلنا ان الاعلى يجب عليه الارسال لمن بعده بعد سقيه وان احتاج مرة اخرى وهو وجه في المسئلة اما اذا قلنا بانه اولى من اللاحق مطلقا ولا حق للاحق الا مع استغنائه فلا يظهر لهذا الاحتمال وجه لأنه مع غناء السابقين لا اشكال في استحقاقه ومع حاجتهم يقدمون عليه و ينبغي التأمل في معنى استقرار الملك ان كان مستندهم في عدم المشاركة اليه خ ل) (وفي التذكرة) نقل الخلاف فيما لو احتاج الاعلى بعد استيفاء حقه الى السقي مرة اخرى هل يمكن ام لا ثم قوى عدم التمكن وأنه يجب عليه الارسال (لقوله) صلى عليه وآله في الخبر العامي ثم يرسل الماء الى الاسفل حتى تنتهي الاراضي (وقول) الصادق عليه السلام في خبر غياث ثم يرسل الماء الى اسفل من ذلك (وفي خبر عقبه) ثم يسرح الماء الى الاسفل الذي يليه كذلك حتى تنقضي الحوائط ويفنى الماء (قلت) الموافق لقواعد الباب ولما مر من اجماع التذكرة أنه يمكن من السقي مرة أخرى والاخبار محموله على ما اذا انقضت حاجة الاول بالكليه وقد تقدم في الشرائع وغيرها انه لاحق للثاني والثالث مع الاول ويأتي مالم تقم في المقام وقد احتملنا فيما سلف وجها آخر للتردد في الشرائع ﴿قوله﴾ ﴿وان كان الاحياء في رأس النهر﴾ اي لم يشارك الذي احيي اخيراً من سبقه وان كان ما احياه اقرب الى رأس النهر كما تقدم التنبيه عليه ﴿قوله﴾ ﴿وليس لهم منعه من الاحياء﴾ كما في التذكرة والتحرير وجامع المقاصد لان حقهم في النهر لا في الموات وقد قالوا صلوات الله عليهم من أحيي أرضاً ميتة فهي له قال في (التذكرة) لو أراد انسان احياء أرض ميتة وسقيها من هذا النهر النير المملوك فان لم يكن فيه تضييق فلا منع وان كان فيه تضييق منع من السقي منه لان الاولين باحياء أراضيهم استحقوا مرافقها وهذا من أعظم مرافقها ولأنهم اسبق الى النهر منه فان احيي شيئا لم يكن له السقي الا بعد استغناء الاولين عنه وان كان أقرب الى فوهة النهر وهل لارباب الاملاك منعه من الاحياء قال بعض العامة لهم منعه لئلا يصير ذلك ذريعة الى منعهم من حقهم لأنه اقرب فربما طال الزمان وجهل الحال وقال (بعضهم) ليس لهم منعه لان حقهم في النهر لا في الموات (قلت) وليسوا كاصحاب الدرب المرفوع اذا أراد أحد من اهله فتح باب ادخل من بابه فان لهم المنع حذرا من الشبهة لان الدرب حق لارباب الدور والموات لاحق لاحد فيها بل الناس فيها شرع وعلى ما اخترناه آنفا لا مجال للقول بالمنع فيما اذا كان ما أحياه أبعد من جميع أراضيهم ولذلك فرضه القائل بالمنع فيما اذا كان أقرب من جميعها أو بعضها ولا يخفى ان النظر في كلام التذكرة أولا الى السقي وثانيا الى الاحياء ﴿قوله﴾ ﴿ولو سبق انسان الى الاحياء في أسفله ثم أحيي آخر فوقه ثم ثالث فوق الثاني قدم الاسفل في السقي لتقدمه في الاحياء ثم الثاني ثم الثالث﴾ كما

(١) في بعض النسخ وهذا الاحتمال يقوى ان قلنا الى قوله في عدم المشاركة اليه في بعض النسخ كما هنا لكن بدون وضع علامة على قوله يقوى الى قوله في عدم المشاركة اليه انها نسخة بدل عن الاولى والمظنون أنها نسخة بدل عنها فلذلك وضعنا عليها علامتها (مصححه)

(السادس) الجاري من نهر مملوك ينزع من المباح بان يحفر انسان نهراً في مباح يتصل بنهر كبير مباح فما لم يصل الحفر الى الماء لا يملكه وانما هو تحجير وشروع في الاحياء فاذا وصل فقد ملك بالاحياء سواء اجري فيه الماء اولا لان الاحياء هو التهيئة للانتفاع فان كان لجماعة فهو بينهم على قدر عملهم او النفقة عليه ويملكون الماء الجاري فيه على رأي فان وسعهم او تراضوا والاقسم على قدر الانصباء (متن)

في التذكرة والتحرير بل هو فقد لكثماسبق وهذا وما تقدمه يرشد الى ما تقدم لنافي شرح قوله فانه يبدء بالاول ﴿ قوله ﴾ (السادس الجاري من نهر مملوك ينزع من المباح بان يحفر انسان نهراً في مباح يتصل بنهر كبير مباح فما لم يصل الحفر الى الماء لا يملكه وانما هو تحجير وشروع في الاحياء فاذا وصل فقد ملك بالاحياء سواء أجرى فيه الماء أو لا لان الاحياء التهيئة للانتفاع) قد صرح في المبسوط وسائر ما تأخر عنه مما تعرض فيه لهذا الفرع انه اذا لم يصل الحفر الى الماء يكون تحجيراً واذا وصل ملك النهر أي المحفيرة من غير خلاف بل في المسالك والكفاية انه لا خلاف في ملكية النهر بالحفروقد صرح في التذكرة والتحرير وجامع المقاصد والمسالك وغيرها بانه لا فرق بين أن يكون أجرى فيه الماء أولا لان حصول المنفعة بالفعل غير شرط في الاحياء وانما المعتبر منه التهيئة للانتفاع ﴿ قوله ﴾ (فان كان لجماعة فهو بينهم على قدر عملهم أو النفقه عليه) قد تقدم الكلام في ذلك عند الكلام على ما اذا حفر البئر جماعة ﴿ قوله ﴾ (ويملكون الماء الجاري فيه على رأي) لا أحد خلافا في ذلك الا من الشيخ في المبسوط فانه قال فالماء اذا جرى فيه لم يملكوه لكنه أولى به من غيره لان يدهم عليه قال في (التذكرة) وهو قول العامة ولم يظهر من المهذب والغنية والسرائر وفاق ولا خلاف وظاهر التحرير التأمل والباقون كالمحقق ومن تأخر عنه مطبقون على انهم يملكون الا ما يحكى عن أبي علي حيث اشترط في ملك النهر ومائه وجود ما يصلح لسده وفتحه كما تقدم بيانه وقد أشار الى الحكم المذكور هنا في الارشاد بقوله وما يقبضه النهر المملوك لصاحبه (حجة المتأخرين) ان الحافر قد اتخذه آلة لتحصيل شيء مباح فملكه كالشبكة لانه حفره بقصد قبضه ولا لغرض آخر فلا ينافي قولهم بعدم تملك الماء بمجرد دخوله في ملك الانسان وقد يستدل عليه بخبر اسماعيل ابن الفضيل قال سألت أبا عبدالله عليه السلام عن بيع الكلاء اذا كان سيحا فيعمد الرجل الى مائه فيسوقه الى الارض فيسقيه الحشيش وهو الذي حفر النهر وله الماء يزرع به ماشاء فقال اذا كان الماء له فليزرع به ماشاء وليتصدق بما أحب (وفي الفقيه) وليبعه بما أحب فلينأمل وفي (صحيحه) سعيد الاعرج وغيرها جواز بيع الشرب من القناة فليتأمل ويجوز في الدروس الوضوء من هذا النهر والغسل وتطهير الثياب عملا بشاهد الحال الا مع النهي ويأتي للمصنف في الكتاب وغيره انه يجوز لكل أحد الشرب من الماء المملوك في الساقية والوضوء والغسل وغسل الثوب ما لم تعلم الكراهية ﴿ قوله ﴾ (فان وسعهم أو تراضوا والاقسم على قدر انصبائهم) يريد انه اذا وسع الشركاء هذا الماء الجاري من النهر المملوك فلا كلام وكذلك اذا كان لا يكفي ولكن تراضوا على السقي به على أي حال كان أو تراضوا بقسمته قسم بينهم بالمهاياة وان تشاحوا قسم بالاجزاء بوضع خشبة كما ستسمع وليس للأعلى هنا حبس الماء على الاسفل كما تقدم فيما اذا لم يكن الماء مملوكا لكن ذلك قد يجيء على مذهب الشيخ في المبسوط

فيجعل خشبة صلبه ذات ثقب متساويه على قدر حقوقهم في مصدم الماء ثم يخرج من كل ثقب ساقيه مفرده لكل واحد فلو كان لاحدهم نصفه وللآخر ثلثه وللثالث سدسه جعل لصاحب النصف ثلاث ثقب تصب في ساقيته ولصاحب الثلث ثقبتان تصبان في اخرى ولصاحب السدس ثقبه وتصح المهايات وليست لازمه واذا حصل نصيب انسان في ساقية سقى به ما شاء سواء كان له شرب (متن)

من أن ماء النهر المملوك غير مملوك لكنه ذكر ذلك في المبسوط وبناء على انهم أولى به ويجيء أيضاً أن لا يكون القسمة على مقدار الانصباء بل على مقدار الحاجة وهو محل تأمل ﴿قوله﴾ (فيجعل خشبة صلبة ذات ثقب متساوية على قدر حقوقهم في مصدم الماء ثم يخرج من كل ثقب ساقية مفردة لكل واحد فاذا كان لاحدهم نصفه ولآخر ثلثه وللثالث سدسه جعل لصاحب النصف ثلاث ثقب تصب في ساقية ولصاحب الثلث ثقبان تصبان في اخرى ولصاحب السدس ثقبة) وقد خير في التحرير والدروس بين الخشبة الصلبة والصخرة المتساوية الطرفين والوسط واعتبرا فيهما في الكتابين كونهما في موضع مستو ولم يذكر ذلك في المبسوط واقتصر على اعتبار استواء ظهر الخشبة فاعتبار استوائهما واستواء مكانهما لمكان الاحتراز عن التفاوت في خروج الماء فيخرج من بعضها قليلا ومن الآخر كثيرا ولعل الاولى أن يجعل الشرط استواء الماء بالنسبة الى الثقوب وذلك يكون باستواء الخشبة كثيراً واستواء المكان أو بنمر الماء لها جميعاً بحيث يخرج الماء من مجموع كل واحدة من الثقب فتأمل وأما اعتبار الصلابة في الخشبة فلئلا تتأثر من مر الماء على مرور الايام فيتفاوت الثقب وينبغي ان يعتبروا أيضا تساوي الثقوب في السعة ولعلهم تركوه لظهوره لكنه نبه عليه في التذكرة والدروس كما انه لم يذكر اعتبار الصلابة في الخشبة لذلك وقوله ثم يخرج من كل ثقب ساقيه منفردة لكل واحد انما ينطبق على ما اذا تساووا في الحقوق فيكون حق كل واحد منحصراً في ثقب ويفهم منه بأدنى التفات مع التفاوت فلا بد من تعدد الثقوب على عدد تخرج منه جميعها صحاحاً فلو كان لواحد نصف ولآخر ربع ولآخر الباقي فلا بد من أربع ثقوب ولو كان لواحد ربع ولآخر سدس وللثالث الباقي فلا بد من اثني عشر ثقباً فحسن حينئذ تفريع قوله فلو كان لاحدهم نصفه ولاخر ثلثه وللثالث سدسه على ذلك (ولو كان لاحدهما الف جريب وللآخر مائة فلا بد من أحد عشر ثقباً لصاحب المائة واحد ولصاحب الالف أحد عشرة خ ل) ومثل ذلك ما في الذكرة والتحرير من التفريع على ذلك [illegible] قوله [illegible] (وتصح المهاياة وليست لازمة) اما صحتها فلان الماء لهما فلهما ان يتفقا على قد [illegible] ساآ [illegible] ايام وساعات أو أقل أو اكثر بحيث يحصل الضبط [illegible] التفاوت الكثير بل يصح [illegible] [illegible] على الرضاء وأما عدم لزومها فلعدم كونها [illegible] نوبته سواء كان الراجع قد استوفى تمام [illegible] لانه [illegible] أجرى الماء فيها لانه لما تعذر ضبط الماء [illegible] الكيل [illegible] وامتنع ايجاب قيمته أيضاً لم يبق الا الرجوع الى [illegible] حسبه ﴿قوله﴾ (واذا حصل نصيب انسان في ساقية سقى به ما شاء سواء كان له شرب

من هذا النهر اولا وكذا البحث في الدولاب له ان يسقي بنصيبه ماشاء ولكل واحد ان يتصرف في ساقيته المختصة به بمهما شاء من اجراء غير هذا الماء او عمل رحى او دولاب اوعبارةاوغير ذلك وليس له ذلك في المشترك ولو فاض ماء هذا النهر الى ملك انسان فهو مباح كالطائر يعشش في ملك انسان (السابع) النهر المملوك الجاري من ماء مملوك بان يشترك جماعة في استنباط عين واجرائها فهو ملك لهم على حسب النفقة والعمل

من هـذا النهر أولا وكذا البحث في الدولاب له أن يسقي بنصيبه ما شاء ولكل واحد أن يتصرف في ساقيته المختصة به بمهما شاء من اجراء غير هذا الماء أو عمل رحى أو دولاب أوعبارة أوغير ذلك وليس له ذلك في المشترك ﴾ كما نص على ذلك كله في التذكرة والتحرير والضمير في قولهسواء كان له يعود الى ما أى سواء كان ما شاء سقيه من هـذه الساقية له شرب من هذا النهر أولا ولا يجوز ان يعود الى انسان لانه يفسد المعنى وانما كان له ذلك لأنه خالص ملكه يصنع به ماشاء فكان لما دخل في ساقيته كالو انفرد به من اصله وزاد في التذكرة والتحرير ان له ان يعطيه من يسقي به وحكى في التذكرة عن أ كثر الشافعية انه قال انه ليس لهأن يسقي بمائه المختص به ارضا ليس لها رسم شرب من هذا الماء لدلالة ذلك على ان لها سهما من هذا الماء فربما جعل سقيها دليلا على استحقاقها لذلك فيتضرر الشركاء وليس بشيء بخلاف ما لو كان النهر مباحا وامكنت القسمة بين أر باب المزارع من الجانبين للتساوي في الاستحقاق فانه ليس لاحدهم ان يسقي به غير ماله استحقاق الشرب من هذا النهر بدون رضا الباقين حـذراً من حصول الشبهة بمرور الايام قال في (جامع المقاصـد) ولم أقف على تصريح به (قلت) لعل التعليل بالحذر غير متجه بل الاولى التعليل بأن الاولوية انما كانت لهذه الارض فليتأمل واما انه ليس له ذلك في المشترك فلانه يستلزم التصرف في ملك الشريك وقال في (العروس) ليس لاحـدهم عمل جسر ولا قنطرة الا باذن الباقين اذا كان الحريم مشتركا ولو اختص بالحريم من الجانبين وكان الخشب غير ضار بالنهر ولا بأهله لم يمنع منهما (واعترضه فى جامع المقاصد) بان هواء النهر يملك بالاحياء كما يملك الحريم فاذا كان النهر مشتركا كان الهواء كذلك فلا يكفي الاختصاص بالحريم في جواز حمل الجسر والقنطرة نعم لو اختص بالحريم والهواء كأن نقل المجرى الى ملك الشركاء بعقد يملك واستثنى الهواء جاز حينئذ والعبارة خشبة تمتد على طرفي النهر يعبر الماء فيها ﴿ قوله ﴾ ﴿ ولو فاض ماءهذا النهر الى ملك انسان فهو مباح كالطائر يعشش في ملك انسان ﴾ كما في التذكرة والتحرير في الحكم والتمثيل وأشار بهذه النهر الى النهر المملوك المستخرج من المباح وكأنه يحترز به عن العين المستخرجة والقناة وغرضه انه انما يملك الماء الذي في النهر وما يفيض منه في ملكه وما يتعلق به وأما اذا فاض كثيرا بحيث طفى وجرى الى ملك الغير فانه غير مملوك لصاحب النهر ولا للغير الذي فاض الى ملكه فشأنه بالنسبة الى الغير كالطائر اذا عشش في ملكه فانه لا يملكه لان الانسان لا يملك ما لم يتملك كما تقدم بيانه وقال في (جامع المقاصد) هذا المثال غير مطابق لان الطائر لا يملك بمجرد ما ذكر بخلاف ماء النهر المغفور فانه يملك كما سبق نعم على قول الشيخ بعـدم ملكه يطابق المثال انتهى فتأمل فيه لأنه مطابق عند التأمل ﴿ قوله ﴾ ﴿ السابع النهر المملوك الجاري من ماء مملوك بان يشترك جماعة في استنباط عين واجرائها فهو ملك لهم على حسب النفقة والعمل ﴾ الفرق بينه وبين النهر

ويجوز لكل احد الشرب من الماء المملوك في الساقية والوضوء والغسل وغسل الثوب مالم يعلم كراهية المالك ولا يحرم على صاحبه المنع ولا يجب عليه بذل الفاضل ولا يحرم عليه البيع لكن يكره ولو احتاج النهر الى حفر او اصلاح او سد بثق فهو عليهم على حسب ملكهم فيشترك الكل الى ان يصلوا الى الادنى من اوله ثم لا شيء عليه ويشترك الباقون الى ان يصلوا الى الثاني وهكذا ويحتمل التشريك (متن)

الذي قبله ان هذا يجري من مملوك وذلك يجري من مباح وقد تقدم ان المدار على العمل فلو لم تطابقه النفقة كأن كان عمل بعضهم الخمس واتفق عليه الربع فلا اعتبار بالنفقة ولو تفاوت النصيب في النهر والعين كأن كان لاحدهما نصف العين وربع النهر فالمدار على الاجرة والثقوب في الخشبة ﴿قوله﴾ ﴿ويجوز لكل واحد الشرب من الماء المملوك في الساقية والوضوء والغسل وغسل الثوب ما لم تعلم الكراهية﴾ كما في التحرير وجامع المقاصد وقد سمعت انه جوز ذلك في الدروس في النهر الجاري من المباح عملا بشاهد الحال الا مع النهي ولا كذلك المحرز في الآنية فانه لا يجوز ذلك منه الا مع العلم بالرضا وفي (التحرير) انه لو أراد سقي الماشية الكثيرة من النهر المملوك لم يجز مع قلة الماء وانه لو توجه على المالك ضرر بالشرب ونحوه اتجه التحريم وفي (الحواشي) انه يتعدى الحكم الى البئر والكر وغير ذلك وانه لا بأس بالماشية القليلة دون الكثيرة وليعلم ان المراد بقولهما لم تعلم الكراهية ان ذلك اذا بقي شاهد الحال وأما اذا طرىء عليه أي شاهد الحال ما يزيله أو لم يكن من أول الامر شاهد حال فيكفي في المنع الشك كما نبهنا على ذلك في باب مكان المصلي ﴿قوله﴾ ﴿ولا يحرم على صاحبه المنع ولا يجب عليه بذل الفاضل ولا يحرم البيع ولكن يكره﴾ الوجه في انه لا يحرم عليه البيع والمنع ولا يجب عليه بذل الفاضل ظاهر لا يخفى وقد تقدم ذلك في مثله وأما الكراهية فقد نص عليها جماعة كما تقدم منهم القاضي وقد نسب القول بها في الدروس الى المحقق ولم نجده صرح بذلك ﴿قوله﴾ ﴿ولو احتاج النهر الى حفر أو اصلاح أو سد بثق فهو على حسب ملكهم فيشترك الكل الى أن يصلوا الى الادنى من أوله ثم لا شيء عليه ويشترك الباقون الى أن يصلوا الى الثاني وهكذا ويحتمل التشريك﴾ الاول خيرة التذكرة والتحرير والايضاح والدروس وجامع المقاصد لانه لا [illegible] له فيما وراء أرضه والنفقة والمؤنة تنتهي بانتهاء ملكه فيختص الباقون بمؤنة ما بقي على حسب استحقاقهم على انه [illegible] ليس من ضروريات ملكه ووجه الاحتمال أن ما بعد ملكه وان لم يكن له [illegible] من ضروريات ملكه [illegible] الماء وهو خيرة الحواشي (وفيه) انه لا ضرورة [illegible] اذا أراد الآخر [illegible] لا حق له [illegible] المرض لانحصار الاستحقاق في الباقين ثم قد صرح في التذكرة والتحرير وجامع المقاصد بانه لو كان الماء [illegible] ثم احتاج [illegible] ذلك الصرف على [illegible] لانهم يشتركون في الحاجة والانتفاع [illegible] (الدروس) [illegible] الى اصلاحها (او لا [illegible]) [illegible]

[illegible] الادنى [illegible]

[illegible]

﴿تتمه﴾ المرجع في الاحياء الى العرف فقاصد السكنى يحصل احياؤه بالتحويط ولو بخشب او قصب والسعف (متن)

لا استبعاد في أن يتعلق حق الشريك بملك شريكه من الماء لاستوائهما في الاحياء ثم ينتهي استحقاقه أيضاً بانتهاء ملكه فيتعلق بالاول احكام ملكه حينئذ (وفيه نظر) لان أحدهم لا يتعلق حقه بملك الآخر وان امتزج حقه بحقه (قلت) لما كان في صرف الماء دفع ضرر عن الاول وغيره لانه بدونه لا يجري الماء من النهر الى ملكه ولا ملك غيره فيكون المراد انهم اذا أرادوا دفع الضرر عنهم كانت المؤنة موزعة عليهم ولا تصريح في التذكرة وغيرها بالوجوب بالمعنى الذي أراده (ثم قال) هنا سؤال آخر وهو انه اذا لم يكن لاحد الشريكين اجبار شريكه في القناة ونحوها على العمارة فلا معنى للوجوب المذكور في هذا المبحث ويمكن الجواب بان هنا فوائد (احدها) أنه يأثم بالترك وان لم يجبر للنهي عن اضاعة المال وقد ينظر فيه بأن ذلك لو كان واجباً لجاز الاجبار الا أن يقال انه لا يجبر على كل واجب (الثانية) أنه اذا تحقق الوجوب كان للحاكم التسلط على اجباره على واحد من أمور متعددة أما الاصلاح أو البيع أو الاجارة أو القسمة ان امكنت الى آخر الامور المتعددة فكان له اجبار في الجملة ومتعلقه واحد غير معين من متعدد وكل واحد لا يجبر عليه بخصوصه وان اجبر على واحد غير معين وهذا في قوة فائدة ثالثة (والجواب) ان غرضهم هنا بيان ان ما يتعلق باصلاح النهر قبل الوصول الى الاول لا يختص به الاول وما يتعلق بمتيضة الماء لا يختص به الأخيرة فاذا تنازعوا حكم عليهم الحاكم بذلك ولا تعرض لهم في الباب الى الوجوب والاجبار اذا امتنعوا أو احدهم وقد ذكروا ذلك في باب الصلح والبثق ويكسر منبعث الماء وبثق النهر بثقا كسر شطه لينبثق الماء كما في القاموس وغيره ﴿ قوله ﴾ ﴿ تتمة المرجع في الاحياء الى العرف ﴾ هذا مما طفحت به عباراتهم من المبسوط الى الرياض من غير خلاف لعدم نص على ذلك من الشرع ولا اللغة كما تقدم بيانه وفي (السرائر) انه الحق اليقين والذي يقتضيه أصل المذهب وما حكي عن ابن نما من ان التحجير احياء لا يقضي بالخلاف كما فهمه صاحب جامع المقاصد لان الشيخ في المبسوط وابن ادريس في السرائر يقولان بان التحجير احياء وقد عرفت أنهما صرحا بان المرجع في الاحياء الى العرف فليلحظ ذلك وليتأمل فيه ﴿ قوله ﴾ ﴿ فقاصد السكنى يحصل احياؤه بالتحويط ولو بخشب أو قصب وسقف «وسعف خل» والسعف خل ﴾ كما صرح بذلك كله في المبسوط والمهذب وجامع الشرائع والشرائع والتذكرة والتحرير والارشاد والدروس واللمعة وجامع المقاصد والمسالك والروضة ومجمع البرهان وفي الاخير لعل حصول الاحياء في المذكورات بمثل المذكورات لا أدون مثل الحائط في المسكن فانه تحجير لا احياء بالاجماع وان المعتبر في الملك هو الاحياء بالاجماع والنص وذلك لم يحصل عادة الا بالمذكورات انتهى (قلت) قد حكى في التذكرة عن بعض الشافعية الاكتفاء بالتحويط وعدم اشتراط السقف وقد نفى البأس عنه فيها وقال به أو مال اليه في المسالك واكتفى في التذكرة في الاحياء لنوع بما يكفي للملك (في الملك خل) في نوع آخر كما لو حوط بقعة بقصد السكنى مع ان التحويط احياء لحظيرة الغنم لان القصد لا اعتبار به فانه لو أرادها حظيرة الغنم فبناها ثم قسمها بيوتا فانه يملكها وان كان هذا العمل لا يعمل للغنم مثله وقال صلى الله عليه وآله وسلم من أحاط حائطاً على أرض فهي له ولا بد من شمول التحويط لاجزاء الدار كما هو ظاهر الاكثر وصريح البعض

والحظيره يكفيه الحائط ولا يشترط تعليق الباب والزراعه بالتحجير بساقية او مسناة او مرز وسوق الماء (متن)

(اما السقف) فيكفي في بعضها كما في التذكرة والتحرير وجامع المقاصد والمسالك ولم يشترط أحد منا تعليق الابواب كما اشترطه أكثر الشافعية وفي (السرائر) بعد أن قال ما سمعته آنفا من أن الرجوع في الاحياء الى العرف وانه الحق اليقين قال ولا تلتفت الى قول المخالفين فان لهم تعريفات وتقسيمات فلا يظن ظان اذا وقف عليها أن يعتقدها قول أصحابنا وانها مما ورد بها خبر وقال به مصنف من أصحابنا وانما أورد شيخنا أبو جعفر ذلك بعد أن حقق ما يقتضيه مذهبنا وجملة ما عدا المخالف في ذلك ان الارض تحيى للدار والحظيرة والزراعة فاحياءها للدار عندهم بان يحوط عليها بحائط و يسقف عليها واما عندنا فلو خص عليها خصاً أو حجرها أوحوطها بغير الطين والاجر والجص ملك ثم ذكر تعريفهم أي المخالفين لاحياء الحظيرة واحياء الزراعة بما ذكره المصنف في الكتاب وفاقا لما في المبسوط وغيره كما ستسمع ثم قال لا يتوهم من يقف عليها في المبسوط أنها مقالة أصحابنا فان هذا الكتاب أعني المبسوط قد ذكر فيه مذهبنا ومذهب المخالفين ولم يميز أحد المذهبين من الآخر تمييزا جليا وانما يحققه و يعرفه من اطلع على المذهبين وسبر قول أصحابنا وحصل خلافهم والا فالقاري فيه يخبط خبط عشوا انتهى وقد عرض في ذلك بالقاضي في المهذب فان أحدا قبله غيره لم يعرف هذه المذكورات بتعريفات المبسوط وصريح السرائر أيضاً ان التحجير احياء حيث قال أو حجرها وقد عرفت ان نظر الاصحاب في ذلك كله الى العرف لا الى قول العامة وتعريفاتهم وأن العرف لا يحكم بالاحياء بدون ما ذكروه في الدار والحظيرة والزراعة والغرس اذ الاصل عدم الاحياء وعدم التملك والمقطوع به أنه احياء في هذه المذكورات انما هو بهذه الامور المذكورة ﴿ قوله ﴾ ﴿ والحظيرة يكفيه الحائط ﴾ كما في المبسوط وجميع ما ذكر بعده في المسئلة المتقدمة ومعناه ان قاصد الحظيرة يكفيه الحائط في صدق الاحياء لتملكها والحظيرة تكون للغنم ونحوه ولتجفيف الثمار ولجمع الحطب والخشب والحشيش وشبه ذلك ﴿ قوله ﴾ ﴿ ولا يشترط تعليق الابواب ﴾ بلا خلاف أجده في المسئلتين اذ القوم بين مصرح بعدمه وبين ساكت عنه ظاهره عدمه لانه للحفظ لا لتوقف السكنى عليه وفي (التذكرة والمسالك) وكذا الكفاية الاجماع على عدم اشتراط التسقيف في الحظيرة ﴿ قوله ﴾ ﴿ والزراعة بالتحجير بساقية أو مسناة أو مرز وسوق الماء ﴾ كما في الشرائع والتذكرة والتحرير وكذا المبسوط والمهذب والارشاد (كما في المبسوط والمهذب وجامع الشرائع والشرائع والتذكره والتحرير والارشاد خ ل) مع ترك لفظ التحجير في بعضها وتبديله بالترتيب ونحوه وترك لفظ الساقيه في الشرائع وغيره وزاد في التذكره تسوية الارض بطم الحفر التي فيها وازالة الارتفاع من المرتفع وحراثتها وتليين ترابها فان لم يتيسر ذلك الابماء يساق اليها فلا بد منه لتهيأ الارض للزراعة (وقال في جامع المقاصد) لم أجد هذا الشرط في كلام غيره من الاصحاب نعم هو في كلام الشافعيه (قلت) لانه لابد منه عرفا بل وعقلا لعدم قابليتها للزرع وصيرورتها مزرعا من دون ذلك كما هو المشاهد في بعض الامصار والاطلاق الاصحاب لعله مبني على الغالب وفي (الدروس) انها تخرج عن الموات في الزرع بعضد الاشجار والتهيئة للانتفاع وسوق الماء واعتياد الغيث أو السيح وقطع المياه الغالبه وظاهر اللمعة انه لايتحقق احياء الارض للغرس والزرع اذا كانت مشتمله على

ولا يشترط الحرث ولا الزرع لانه انتفاع كالسكنى والغرس به وسوق الماء اليه (متن)

شجر والماء مستول عليها الا بعضد اشجارها وقطع الماء عنها ونصب حائط وشبهه حولها وسوق ماتحتاج اليه من الماء اليها وذكر سوق الماء بعد ذكر قطعه لجواز كون الماء الذي تحتاج الى قطعه غير مناسب لسقيها ولم يبين لنا في الكتابين مقدار ما يعتبر في الاحياء ولم يكن هناك شجر ولا ماء غالب وزاد في المسالك على ما في الكتاب أنها ان اعتادت الغيث كفى مع جمع التراب حواليها لتمييز المحيى عن غيره (قلت) ولهذا قيد في التذكرة وغيرها سوق الماء اليها بما اذا احتاجت اليه (قال في المسالك) وهذا ان لم تكن مستأجمة بنحو الشجر والا اعتبر عضد شجرها (قلت) وكذا اذا كان الماء غالبا عليها اعتبر قطعه هذا وقد قال في جامع المقاصد ان كلام الاصحاب في اشتراط سوق الماء يقتضي عدم الا كتفاء بالتهيئة ونحوه ما في الكفاية من ان ظاهر كلامهم انه لابد من سوقه بالفعل (قلت) الاصحاب المتقدمون على المحقق الثاني وممن تعرض له الشيخ والقاضي وابنا سعيد والمصنف والشهيد ففي (جامع الشرائع) مانصه ويرتب الماء عليها بساقية يحفرها من نهر أو قناة أو بئر وقال في موضع من التذكرة واذا احتاجت في السقي الى النهر وجب تهيئة ماء من عين أو نهر أو غيرهما فاذا هيأه فان حفر له الطريق ولم يبق الا اجراؤه فيه كفى ولم يشترط اجراء الماء ولاسقي الارض وان لم يحفر فللشافعية وجهان وبالجملة السقي نفسه غير محتاج اليه في تحقق الاحياء وانما الحاجة الى ترتيب ماء يمكن السقي منه انتهى وقال في (المبسوط) ان يجمع حولها التراب وهو الذي يسمى مرزاً وأن يرتب الماء لها اما بساقية يحفرها فيه فيسوق الماء فيها أو بقناة يحفرها أو بئر أو عين يستنبطها ولا خلاف ان هذه شرط في الاحياء للزراعة و بقية العبارات والموضع الآخر من التذكرة نحو عبارة الكتاب وكيف كان فكلامهم في الباب لا يخلو عن اضطراب والذي سهل الامر ان ذلك بيان تحصيل العرف نعم لا اختلاف في كلامهم في ان احياء النهر يتحقق بايصال الحفر الى النهر الكبير وان لم يجر فيه الماء وقال في (جامع المقاصد) في قول المصنف التحجير بساقية مساعة الا أن يقصد بالتحجير معناه اللغوي والا فان وجود ماذكر احياء موجب للتملك فكيف يعد تحجيراً (قلت) ضرب الساقية حولها من دون اجراء ماء فيه للسقي تحجير شرعي صرف كنصب القصب وضرب المسنيات والمراز ﴿ قوله ﴾ ﴿ ولا يشترط الحرث ولا الزرع لانه انتفاع كالسكنى ﴾ كما في المبسوط والمهذب والشرائع والتذكرة والتحرير والدروس وغيرها وصرح في بعضها أيضاً بعدم اشتراط الحائط والمسناة والمرز بل في التذكرة انه لاحاجة الى التحويط اجماعا وفي (الدروس) نعم يشترط ان يبين الحد بمرز وشبهه ﴿ قوله ﴾ ﴿ والغرس به وسوق الماء اليه ﴾ أي وقاصد الغرس يحصل احياءه به أي الغرس وسوق الماء كما في المبسوط والمهذب والشرائع والتحرير مع التقييد في الثلاثة الاول بما اذا ثبت وزيد في الشرائع والتحرير تحققه بعضد اشجارها اذا كانت مستأجمة وقطع المياه عنها اذا كانت غالبة عليها وتهيئتها وهو الذي اشار اليه المصنف بقوله ولو كانت مستأجمة فعضد شجرها أو قطع المياه الغالبة عنها وهيأها للعمارة فقد احياها ولعل معنى تهيئها للعمارة سوق الماء اليها وادارة (أو ادارة خل)التراب حولها أو هو عطف تفسير وقد ذكر هذه الزيادة في التذكرة في فرع ذكره اخيراً و نبه عليها في الدروس في احياء ما للزرع وقد اعترض عليه في جامع المقاصد ان ذلك يقتضي انه يكفي [illegible] التراب حولها وقال انهم [illegible] ذلك [illegible] قال وليس قطع الماء بابلغ من حفر نهر [illegible]

ولو كانت مستأجمة فعضد شجرها او قطع المياه الغالبة وهيئها للعمارة فقد احياها ولو نزل منزلا فنصب فيه خيمة او بيت شعر لم يكن احياء وكذا لو احاط بشوك وشبهه (متن)

يتسلط ماءه على بقعة مخصوصة ويستولي عليها اذا أرسل من غير توقف على حفر مع ان ذلك لا يعد احياء من دون ادارة التراب والاحتجاج بانه لابد منه لتمييز المحيي مدفوع باستيعاب الماء له اذا ارسل عليه بل مقتضى كلامهم انه لو أرسل الماء على ارض لم يكن احياء ما لم يدر التراب حولها وهو أظهر في المنافاة لحصول الاحياء بقطع المياه الغالبة انتهى (قلت) كلام الاكثر في الغرس قد خلى عن اشتراط ادارة التراب كما سمعت وستسمع وهذه الزيادة ذكرت في الشرائع في الغرس وقدمنا منها في المسالك ان احياءها للغرس بهذه الامور وقد جزم هو في فرع ذكره قبل ذلك ستسمعه انه لا يحتاج الى ادارة التراب مع الزرع وسوق الماء لحصول التمييز بالزرع ثم الاكثر اعتبروا في الزرع ادارة التراب وما (ثم ما خيل) ذكره من التضين انما هو مقتضى كلامهم في الزرع لا في الغرس الا ان تقول ان غرضه ان ما ذكروه في الزرع يخالف ما ذكروه في الغرس ولك أن تقول ان معنى تهيئتها للعمارة هو ادارة التراب وسوق الماء فلا اعتراض أصلاً واقتصر في جامع الشرائع في الاحياء للغرس على غرسه فيها والذي استقر عليه رأيه في التذكرة هو قوله في آخر كلامه الوجه انه لابد من أحد الامرين اما الحائط أو الغرس وفي (جامع المقاصد) انه قوي لانتفاء اسم البستان مع انتفاء كل من الامرين ثم قال ان الغرس داخل في الانتفاع فلا يعتبر تعيينه (وأنت خبير) بانه لا يلزم من انتفاء اسم البستان انتفاء اسم الاحياء وفي (الدروس) يشترط فيه أحد الثلاثة وأراد بها الحائط والمرز والمسناة (وقد يقال) الاكتفاء بالمرز بعيد وقد سمعت ما هو ظاهر اللمعة آنفاً وفي (المسالك) ان الاقوى عدم اعتبار الغرس مطلقا وعدم الاكتفاء بكل واحد من عضد الشجر وقطع المياه وسوقها على تقدير الحاجة اليها أجمع بان كانت مستأجمة والماء غالب عليها بل لابد من الجمع بين قطع الشجر ورفع الماء وان وجد احدهما خاصة اكتفي بزواله وان خليت عنهما واحتاجت الماء فلابد من تهيئة السقي ولو خليت عن الجميع اعتبر في احيائها التحجير عليها بحائط ونحوه وفي الاكتفاء بغرسها مع ثبات الغرس وجه انتهى وقد نفى عنه البعد في الكفاية هذا كلام الاصحاب والامر في ذلك سهل اذ المدار على العرف وقد وقع لبعضهم خلل في النقل وقال في (جامع المقاصد) فرع اذا زرع الارض وساق الماء اليها فقد تحقق الاحياء وان لم يجمع التراب حواليها لان المطلوب من جمعه تمييز المحيي وقد حصل (قلت) اذا زرعها فقد أحياها ولو تأخر سوق الماء اليها الى وقت حاجتها اليه وقد لا تحتاجه كما اذا كانت هورا وقد سمعت ما تقدم له في جمع التراب ﴿ قوله ﴾ (ولو كانت مستأجمة فعضد شجرها أو قطع المياه الغالبة وهيأها للعمارة فقد أحياها) قد تقدم الكلام في ذلك مستوفى ﴿ قوله ﴾ (ولو نزل منزلا فنصب فيه خيمة أو بيت شعر لم يكن احياء وكذا لو أحاط بشوك وشبهه) قد صرح بذلك في الخيمة وبيت الشعر في التحرير والدروس [illegible] في جامع المقاصد [illegible] الى العرف [illegible] تقدم [illegible] أولى به الى ان يرحل عنه وكذا ما حواليه مما يحتاج اليه الارتفاق ولا يزاحم في الوادي الذي نزل فيه مواشيه الا أن يتصل واذا ارتحل بطل الاختصاص وان بقيت آثار الفساطيط والخيم كما [illegible] ذلك

ولا يفتقر في الاحياء الى اذن الامام ولا الاسلام الا في ارض المسلمين واحياء المعادن بلوغ نيلها (متن)

كله في جامع المقاصد ﴿ قوله ﴾ ﴿ ولا يفتقر في الاحياء الى اذن الامام عليه السلام ﴾ وقد أشرنا الى هذه العبارة في أول الباب وقلنا انها مخالفة للاجماعات والفتاوى وحملناها على حال الغيبة وعلى الكافر الحربي اذا أحيى في بلاد الكفر وبينا الحال في ذلك ﴿ قوله ﴾ ﴿ ولا الاسلام الا في أرض المسلمين ﴾ قد بينا في أول الباب أيضاً ان الكافر يملك بالاحياء اذا احيى في بلاد الكفر وهو اجماعي على الظاهر اذا لم تبلغه الدعوة وانهم اختلفوا فيما اذا أحيى في بلاد الاسلام باذن الامام عليه السلام وقد حررنا بحمد الله سبحانه فيه الكلام مع اسباغ تام ﴿ قوله ﴾ ﴿ واحياء المعادن بلوغ نيلها ﴾ هذا أيضا قد تقدم الكلام فيه والحمد لله اولاً وآخرا والصلوة والسلام على خير خلقه محمد وآله الطاهرين ورضي الله عن علمائنا اجمعين وقد تمّ في يوم الخميس الثالث والعشرين من شهر رجب المرجب المكرم في سنة ألف ومائتين وثلاث وعشرين في المشهد الغروي على مشرفه افضل الصلوة والسلام وكان ذلك مع تشويش واضطراب من اهل نجد حيث جمعوا الجنود يقدمهم رئيسهم مسعود لقتل أهل المشهدين وتخريب القباب لكنهم في هذه السنة رجعوا خائبين وفي السنة السادسة عشرة قبل ذلك أتوا مشهد الحسين عليه السلام وقتلوا كثيرا من أهله ونهبوا وفعلوا ما فعلوا ونسأل الله سبحانه ان يكفينا شرهم ويقطع أثرهم وقد أخذوا الحرمين الشريفين والحج متعطل منذ سنتين ويتلوه بلطف الله وبركة آل الله عز وجل صلى الله عليهم أجمعين في المجلد الذي بعده كتاب الاجارة والحمد لله كما هو أهله وصلوته على خير خلقه محمد وآله الطاهرين المعصومين عليهم السلام

م

﴿ كتاب الاجارة ﴾ وتوابعها وفيه مقاصد (الاول) في الاجارة وفيه فصول (الاول) في الماهية وهي عقد ثمرته نقل المنافع بعوض معلوم مع بقاء الملك على اصله (متن)

بسم الله الرحمن الرحيم

الحمد لله كما هو أهله رب العالمين والصلاة والسلام على خير خلقه محمد وآله الطاهرين ورضي الله عن علمائنا ومشائخنا ورواتنا المحسنين (وبعد) فهذا ما برز من كتاب مفتاح الكرامة سهل الله تعالى بمنه وكرمه وبركة خير خلقه اتمامه على يد مصنفه العبد الاقل محمد الجواد الحسيني الحسني العاملي عامله الله سبحانه بلطفه

﴿ كتاب الاجارة وتوابعها وفيه مقاصد « الاول » الاجارة ﴾

قال في (المسالك) الاجارة من الالفاظ المنقولة شرعاً عن موضوعها لغة لانها في الشرع عبارة عن تمليك المنفعة خاصة بعوض لازم لماهيتها أو العقد المفيد لذلك وهي في اللغة اسم للاجرة وهي كرى الاجير لا مصدر أجر بخلاف باقي العقود فانه يعبر عنه بمصدر الفعل أو باسم المصدر فلا يتغير عن موضوعها الا بشروط زائدة وتغيير سهل انتهى (قلت) قد قال في المسالك في الرهن انه شرعا وثيقة لدين المرتهن وقال أيضاً ان أخذ الرهن الشرعي من الحبس انسب مع أنهم قالوا ان الرهن اما مصدر أو اسم للشيء المرهون وقد بينا في باب الرهن ان مرادهم بقولهم في المطلات في مقام التعاريف هو شرعا كذا وفي الشرع كذا بيان حقيقة المتشرعة واصطلاح الفقهاء وان المراد بالشرعي الموقوف على الشرع في الجملة ومقابله اللغوي فلا يقدح في حده اشتماله على شيء من المفهومات اللغوية نعم يقدح فيه عدم اشتماله على شيء من المعاني الشرعية وان غرضهم في تحديدها تمييز بعضها عن بعض لتوقف العلم بثبوت أحكامها المختلفة عليه وليحمل كلامهم عند الاطلاق على ذلك وذلك يختلف من حيث الاستغناء عن الشروط والحاجة اليها فربما احتاجوا في بعضها الى واحد من الشروط وفي بعض آخر الى أكثر لمكان كثرة الاشتراك في الصفات وقلتها فان البيع يشارك الاجارة في النقل ويشارك الهبة في نقل العين وهكذا كما ستسمع في تعريف الاجارة ﴿ قوله ﴾ (وفيه فصول الاول في الماهية وهي عقد ثمرته نقل المنافع بعوض معلوم مع بقاء الملك على أصله) الغرض من ذكرهم العقد والتمليك اخراج معاطاتها فانها لا تحتاج الى عقد وليس فيها تمليك ولا نقل وانما هي اباحة المنفعة فلا يشترط فيها توقيت المدة ولا تعيين المنفعة واستوضح ذلك في دخول الحمامات والخانات للاغتسال وقد أوضحنا الحال في ذلك في باب البيع وهو من متفردات هذا الكتاب ويخرج بالعقد الانتقال بالارث قال الشهيد العقد جنس والباقي خاصة مميزة فبالنقل تخرج العارية واضاف النقل الى المنافع ليخرج نحو البيع والصلح وبالعوض يخرج الوصية بالمنفعة وربما خرجت السكنى والعمرى وبالمعلوم يخرج نحو اصداق المنافع وقوله مع بقاء الملك يخرج ما لا يصح الانتفاع به الا مع ذهاب عينه ويخرج به أيضاً المعاوضة على العين ومنفعتها المعينة ان جوزناه وربما قيل يخرج به البيع فانه ناقل للمنافع تبعا للاعيان ويشكل بأن العوض فيه بالنسبة الى

المنافع غير معلوم وهذا التعريف منقوض في طرده بالصلح على المنافع (ويجاب) بأن الصلح فرع الاجارة أو بأن قوله ثمرته مشعر بانحصار العقد فيما ثمرته ذلك وظاهر ان الصلح ليس منحصراً فيه ولو قال بصيغة خاصة لخرج ويشكل في عكسه بالاجير المطلق فانه لا انتقال لمنافعه (ويجاب) بالمنع بل هو مالك في ذمته منفعة مطلقة والمنافع شاملة لها انتهى ونحو ذلك ما في جامع المقاصد والروضة والرياض وفسر في الاخيرين قوله وبالمعلوم اصداق المنفعة بأنه ليس في مقابله عوض معلوم وانما هو البضع وانت خبير بأن ذلك عجيب منهم جميعاً لان هذا التوجيه يرجع الى بيان الوجه في تقييد المنفعة بكونها معلومة مع انه في الروضة لم يتعرض لبيانه في عبارة اللمعة وذلك لان المفروض في الحدان المنفعة منقولة وانها كالمبيع والعوض اجرة وانه كالثمن وكلامهم يعطي العكس ولا يكاد يستقيم اذ من المعلوم أنه لا بد من كون الصداق معلوما عينا كان أو منفعة وما قابله من البضع في الدائم غير معلوم لانه منفعة غير معلومة فاضافة الصداق الى المنفعة لا فائدة فيه فيصح ان تقول خرج بالمعلومة في عبارة اللمعة البضع في الدائم لان الزوج يتملك [illegible] منفعة غير معلومة بعوض معلوم وان كان عينا وبالمعلوم هبة المنفعة المعلومة المقترنة بالقربة بلفظ ملكتك كان يقول ملكتك منفعة هذه الدار قربة الى الله تعالى فان التمليك يتعلق بالمنفعة وعلى هذا فالمتهب يتملكها بعوض غير معلوم وليس في التعريف كون العوض منه وقال انه ينتقض في طرده بالصلح على المنفعة بعوض معلوم والوصية بالمنفعة في مقابلة عوض وزاد في التنقيح انتقاضه بالجعالة اذا كانت بالمنفعة كقوله من رد عبدي فله خدمته شهرا مثلا ولا يخفى ما فيه مما عرفته في كلام الشهيد والجماعة (قلت) قوله وثمرته تأتي على ذلك كله كما نبه عليه الشهيد وحينئذ لا يحتاج معه الى غيره اذ معناه لا ثمرة له غيرها لان للحدود قيود يراد بها الحصر بمعنى الجمع والمنع واليه أشار في التذكرة بخاصة في قوله عقد يقتضي تمليك المنفعة خاصة بعوض لازم في حقيقتها ويخرج بقوله في التذكرة لازم في حقيقتها الوصية بالمنفعة على عوض بل والصلح على المنفعة بعوض على انها تعريفات لفظية يراد منها مجرد التمييز والتذكر ولذلك ترك وصف المنفعة بالمعلومة في الكتاب واكثر التعاريف بل قد ترك تعريفها اي الاجارة في المبسوط والكافي والشرائع والارشاد وعرفت في الوسيلة وجامع الشرائع بانها عقد على منفعة بعوض وهو أخصر تعاريفها وفي (جامع المقاصد) بعد أن نقض بما سمعته قال وربما دفع ذلك بقوله ثمرته لان شيئا من العقود المذكورة ليس ثمرته هذا قال وفيه نظر لان ذلك وان لم يكن ثمرة العقد الذي هو نفس الماهية فانه ثمرة بعض أنواعه وهو عقد فيتحقق النقض ولو قال عقد شرعي موضوع لنقل المنافع الى آخره لسلم من هذا (وفيه) أنا يصدق حينئذ على هذا النوع الخاص من الوصية فلا يسلم من ذلك وكيف كان فلا أرى فرقا بين ما في الكتاب وبين قوله في الشرائع الاول في العقد وثمرته تملك المنفعة الى آخره حتى يسلم ما في الشرائع مما يرد على ما في الكتاب كما فهم في المسالك (١) واعترض أيضا في جامع المقاصد على جعل الاجارة هي العقد بأنه يشكل اجرتك في الايجاب فانه لا يراد به العقد ثم قال ولو جعلت الاجارة عبارة عن تمليك [illegible] العينة مدة معينة بعوض معلوم لسلم من هذا قلت لا ريب ان المراد [illegible] لايجاب في اجرتك معنى [illegible] الشأن في منك وقد عرفت في باب البيع انهم اصطلحوا [illegible]

---

(١) [illegible] أطبقوا على ان مفهوم اللقب [illegible] كلامهم [illegible] اصطلاح في بعض الواضح [illegible] ذلك ([illegible])

ولا بد فيه من الايجاب والقبول الصادرين عن الكامل الجائز التصرف فلا تنعقد اجارة المجنون ولا الصبي غير المميز ولا المميز وان اذن له الولي على اشكال والا يجاب اجرتك أو اكتريتك

على تسمية هذه المعاملات بالعقود وهذا منه بناء على ما استقر به في باب البيع أنه النقل لا العقد لانه الموافق لتصاريف البيع وما يشتق منه وهو منه غريب على انه لا يندفع بما قال انه يسلم به منه فتأمل ثم عد الى كلام الشهيد فقوله يخرج المعاوضة على العين ومنفعتها المعينة ان جوزناه فيه انا لا نجوزه لان نقل العين من حين العقد يقتضي ملك المنفعة المملوكة للناقل فيمتنع نقلها بسبب آخر والعقود متلقاة من الشارع ولم يثبت شرعية عقد على عين ومنفعة كما ان قوله قبل ذلك يخرج مالا يصح الانتفاع به الا مع ذهاب عينه (فيه) أن ذلك لا يعد عقداً وان المنافع لا تملك في امثال ذلك وانما الاذن يفيد جواز الانتفاع و بالاتلاف يصير مملوكا بنفسه لا منفعته فهو بيان للواقع لا احتراز ﴿قوله﴾ (ولا بد فيه من لايجاب والقبول الصادرين عن الكامل الجائز التصرف) هذا العقد جائز مشروع باجماع المسلمين كما في المهذب البارع ولا خلاف فيه بين علماء الامصار في جميع الاعصار الا ما يحكى عن عبد الرحمن الاصم انه قال لا يجوز لان ذلك غرر وهو غلط والعلم بالحوان ضروري والغرر لا معنى له مع الحاجة الشديدة وهي تعطيل امور الناس بأسرها فانه ليس لكل أحد دار ولا خادم ولا كل الناس عالمون بكل الصنائع كما في التذكرة وهو لازم باجماع المسلمين أيضا وقد نقل عليه اجماعنا مستفيضا كما ستسمع فيشترط فيه جميع ما يشترط في مثله من العقود اللازمة مثل التنجيز والعربية اذا تمكن منها بدون مشقة والماضوية ووقوع القبول على الفور وتقديم الايجاب على المشهور وان كان الاقرب عندنا عدم اشتراطه في غير قبلت الى غير ذلك والادلة على ذلك مستوفات في باب البيع واحترز بالجائز التصرف عن مثل المفلس وان لم يصرح به في المحترزات والصبي والمجنون يحترز عنهما بالكامل ﴿قوله﴾ (فلا تنعقد اجارة المجنون ولا الصبي غير المميز) بلا خلاف كما تقدم مثله في باب البيع وغيره ﴿قوله﴾ (ولا المميز وان أذن له الولي على اشكال) كما في التحرير أيضا والشرائع ولا ترجيح في الحواشي والكفاية واستظهر في مجمع البرهان الجواز والانعقاد اذا أذن له لا لانجبار نقصه باذنه وقبول وصيته بالمعروف وهو ضعيف جدا وقد أقمنا على ذلك الادلة والبراهين في باب البيع واسبغنا الكلام فيه وقد جزم بالعدم هنا في التذكرة وفي (الايضاح والمسالك والروضة) انه الاقوى وفي (جامع المقاصد) أنه الاصح ﴿قوله﴾ (والايجاب اجرتك وأكريتك) يقال اجرني داره ومملوكه يؤجرها ايجاراً فهو مؤجر وذاك مؤجر ولا يقال مواجر ولا آجر أما المواجر فهو من قولك أجر الاجير مؤاجرة كما يقال نازعه وعامله واما الاجر فهو فاعل من قولك أجره يأجره أجرا اذا اعطاه اجرة أو قولك أجره يأجره اذا صار أجيراً له وقوله تعالى على على ان تأجرني ثماني حجج فسره بعضهم بالمعنى الاول فقال تعطيني من تزويجي ابنك رعي الغنم هذه المدة و بعضهم بالثاني لانه يقال تصير اجيري واذا استأجرت عاملا لعمل فانت اجير بالمعنى الاول لانك تعطي الاجرة وهو اجير بالمعنى الثاني لانه يصير اجيراً لك واجره الله لغة في اجره اي اعطاه اجرة واما ان الايجاب اجرتك او اكريتك فقد صرح به في التذكرة و التحرير والارشاد واللمعة وجامع المقاصد والمسالك والروضة وظاهرها الحصر في ذلك وقد اقتصر في الشرائع على اجرتك مع أنه جوزه باعرتك وتردد في بعتك كما ستسمع وسيأتي ان جماعة يذكرون في الايجاب ملكتك

والقبول كل لفظ يدل على الرضا ولا يكفي في الايجاب ملكتك الا ان يقول سكنى هذه الدار شهرا مثلا بكذا ولا تنعقد بلفظ العاريه ولا البيع سواء نوى به الاجاره او قال بعتك سكناها سنة لانه موضوع لملك الاعيان (متن)

فتأمل واستظهر في مجمع البرهان والكفاية الا كتفاء بما دل على التراضي من الجانبين وقد يظهر ذلك من المراسم حيث قال تنعقد بالايجاب والقبول والحق ماعليه المعظم لان صيغ العقود متلقاة من الشارع كما تقدم بيانه في البيع ﴿ قوله ﴾ (والقبول كل لفظ يدل على الرضا) كما في التنقيح وجامع المقاصد والمسالك وهو قضية كل من تعرض للايجاب ولم يتعرض له اي القبول كالشرائع واللمعة والروضة كما هو الشأن في الصلح والرهن والكفالة والحوالة والضمان وقد يكونون احالوه على البيع لأنها في معناه ومنه يعلم حال عبارة الكتاب وما وافقه وفي (التذكرة) فيقول قبلت واستأجرت واستكريت (قلت) ينبغي ان يزيد اكتريت وتملكت ورضيت وظاهر التحرير والارشاد والروض الحصر في قبلت حيث قال والقبول هو قبلت أن يقول قبلت ﴿ قوله ﴾ (ولا يكفي في الايجاب ملكتك الا ان يقول سكنى هذه الدار شهرا مثلا بكذا) كما في الشرائع والتذكرة والتحرير والارشاد وجامع المقاصد والروض والمسالك ومجمع البرهان وهو معنى مافي اللمعة والروضة أو ملكتك منفعتها سنه وذلك لان التمليك يفيد نقل ماتعلق به فاذا ورد على الاعيان افاد نقل ملكها وليس ذلك مورد الاجارة فاذا اراد استعماله في الاجارة علقه بالمنافع ليفيد نقلها الى المستأجر بخلاف مالو عبر بلفظ الايجار والا كرأ فانه لا يصح تعلقه الا بالعين ولو اوردهما على المنفعة لم يصح كما هو ظاهر وبه صرح جماعة ﴿ قوله ﴾ (ولا ينعقد بلفظ العارية) كما في التذكرة وجامع المقاصد والمسالك وهو الظاهر من الارشاد واستشكل في التحرير وجوزه في الشرائع ووافقه عليه صاحب الروض وصاحب مجمع البرهان اذا ضم اليه شيئا يدل على الاجارة وهو الذي فهمه في الروض من عبارة الارشاد وهو مراده في الشرائع لانه علله بتحقق القصد الى المنفعه ومعناه ان وجه الصحة في جميع الالفاظ واحد وهو قصد نقل المنفعه مع صلاحية اللفظ في الجملة (وفسره) في المسالك بان الاعارة لما كانت لا يقتضي ملك المستعير العين وانما تفيد تسليطه على المنفعه وملكه لاستيفائها كان اطلاقها بمنزلة تمليك المنفعه فتصح اقامتها مقام الاجاره كما يصح ذلك بلفظ الملك (ورده) بان العاريه انما تقتضي اباحة المنفعه لا تمليكها والعوض لا يدخل في ماهيتها بخلاف التمليك فانه يجامع العوض والتحرز في مثل ذلك خروج عن مقتضى العقود اللازمة انتهى وكلاهما كما ترى والحق العدم لان العقود متلقاة من الشارع فلا ينعقد عقد بلفظ آخر ليس من جنسه بمعنى أنه ليس بينهما اشتراك معنوي كملكت ولا تجوز قريب كما في متعتك واسلمتك في البيع بل قد كان الاستاذ الشريف رحمه الله تعالى لا يجوز شيء من العقود بشيء من المجازات كما تقدم بيان ذلك في باب البيع محررا ﴿ قوله ﴾ (ولا البيع سواء نوى به الاجارة او قال بعتك سكناها سنة لانه موضوع الملك الاعيان) فلو قال بعتك منفعة هذه الدار شهرا بكذا لم يصح عندنا كما فى التذكرة وظاهره الاجماع وقد جزم به أي بعدم الصحة في الارشاد وجامع المقاصد وفي (التحرير) انه الاقرب وفي (المسالك والروضة) انه أصح وتردد فى الشرائع ولعله ليس في محله مع تجويزه بلفظ العارية ولا ترجيح في اللمعة ولا مانع من الصحة به كما فى مجمع البرهان وقد عرفت الحال وانه ليس في المسئلة اشكال كما انه لا خلاف

وهو لازم من الطرفين ولا تبطل بالبيع (متن)

في عدم الصحة لو قال بعتك الدار شهرا ﴿ قوله ﴾ ﴿ وهو لازم من الطرفين ﴾ بلا خلاف اجده في كتب الاصحاب من المقنع الى الرياض بل هي بين مصرح فيه بذلك بجعله مسئلة مستقلة كالكتاب وبين مصرح فيه بذلك في مطاوي الباب وقد حكى عليه الاجماع في جامع المقاصد والمسالك ومجمع البرهان وظاهر الكفاية وقد نفى عنه الخلاف في موضع آخر من مجمع البرهان لعموم الامر بالوفاء والصحيحين والخبر عن ابي الحسن موسى عليه السلام والصحيح عن ابي عبد الله عليه السلام عن الرجل يتكارى من الرجل البيت او السفينة سنة أو اكثر أو اقل قال كراه لازم الى الوقت الذي تكاراه ومثله غيره مما ذكرناه بأدنى تفاوت وقال ابو الحسن علي بن محمد السكري فيما كتبه للعبيدي فيما رواه في الفقيه في رجل دفع ابنه الى رجل وسلمه منه سنة بأجرة معلومة ليخيط له ثم جاء رجل آخر فقال سلم ابنك مني سنة بزيادة هل له الخيار في ذلك وهل يجوز له ان يفسخ ما وافق عليه الاول يجب عليه الوفاء للاول ما لم يعرض لابنه مرض اوضعف ﴿ قوله ﴾ ﴿ ولا تبطل بالبيع ﴾ كما في النهاية والمبسوط والكافي والوسيله والتنبيه والسرائر والجامع والشرائع والنافع والتذكره والتحرير والارشاد واللمعة وجامع المقاصد والمسالك والروضه ومجمع البرهان والكفاية والمفاتيح واطلاقها يتناول البيع على غير المستأجر وستعرف المصرح بذلك والخلاف والمتأمل وكيف كان فالبيع على غير المستأجر لا خلاف فيه ولا اشتباه وفي (التنبيه) وظاهر المبسوط والتذكرة الاجماع عليه وفي (الرياض) لا خلاف فيه ولا اشكال وفي (ايضاح النافع) انه لا اشتباه فيه انما الاشتباه في البطلان اذا بيع على المستأجر (قلت) هذا ايضا لا خلاف فيه الا من المصنف في الارشاد فانه قرب البطلان على اشكال وانما احتمل بعضهم بطلان الاجارة احتمالا والاكثرون صرحوا بعدم البطلان كما يأتي بيانه عند تعرض المصنف له والاصل في ذلك بعد الاجماع الاصل وان لا منافاة لان البيع يتعلق بالعين وان تبعتها المنافع حيث يمكن والاجارة تتعلق بالمنافع وان كان هناك منافاة فالذي ينبغي بطلان البيع لا الاجاره كما ستعرف عند تعرض المصنف له والاخبار المستفيضه وقد عقد له في الوافي بابا لكنه ترك فيه حسنة الحسين بن نعيم وهي اصح اخبار الباب وقد رواها الشيخ في وقوف التهذيب عن ابي الحسن موسى عليه السلام الى قوله قال قال ابو جعفر عليه السلام لا ينقض البيع الاجارة ولا السكنى ولكن يبيعه على ان الذي يشتريه لا يملك ما اشتراه حتى تنقضي السكنى على ما شرط وكذا الاجارة ويدل عليه أيضا مكاتبة يونس الى الرضا عليه السلام قال كتبت الى الرضا عليه السلام اسأله عن رجل تقبل من رجل أرضا او غير ذلك سنين مسماة ثم ان المقبل اراد بيع ارضه التي قبلها قبل انقضاء السنين المسماة هل للمتقبل ان يمنعه من البيع قبل انقضاء اجله الذي تقبلها منه اليه وما يلزم المتقبل له فكتب له ان يبيع اذا اشترط على المشتري ان للمتقبل من السنين ما له ومكاتبة احمد بن اسحق الرازي وقد وصفها في الرياض بالصحة وفيها سهل ومكاتبة ابراهيم بن محمد الهمداني ومكاتبة أبي همام (١) وليس في الروايات الثلاث الشرط المذكور فيما قبلها اذ ظاهرها توقف جواز البيع على الشرط المذكور وبه أفتى محمد بن الحسن بن الوليد حكاه عنه في الفقيه ولعل الوجه فيه وجوب الاخبار بما يشبه العيب الموجود حال المبيع أو استحبابه على اختلاف

(١) في الخلاصة في الكنى ابو همام له مسائل اسمه اسماعيل بن همام ووثقه في الاسماء

ولا العذر اذا امكن الانتفاع ولا بموت احدهما على رأي (متن) —

القولين فيكون الشرط للارشاد أو للكراهية لانه يكون اساء اخاه المؤمن ولا يطرد في غيره او يكون الكراهية بمعنى الارشاد ووجه شبهه بالعيب في ذلك واضح لمكان نقص المنفعة المستوفاة بعقد الاجارة قال في (التذكرة) فعلى المشتري ان كان عالماً بالاجارة الامساك عن التصرف حتى تنقضي مدتها وان لم يكن عالما بذلك — زله الخيار في الرد بالعيب بدليل الاجماع انتهى وقد عرفت ان ذلك ليس بعيب حقيقي اذ هو نقصان الخلقة أو زيادتها وهو منتف هنا وانما الفائت منفعة العين وهو يجري مجرى العيب في التسلط على الفسخ من دون ارش ويأتي تمام الكلام ان شاء الله تعالى عند تعرض المصنف له

﴿ قوله ﴾ (ولا العذر اذا أمكن الانتفاع) كما في الخلاف وما تأخر عنه الاما لم يتعرض فيه له وفي (النية) لاجماع عليه لكن في الخلاف والمبسوط والغنية والسرائر اطلاق أنها لا تبطل بالعذر وفي (الشرائع) وغيرها مما تأخر تقييده بما اذا امكن الانتفاع ولم نعرف الخلاف الامن المصنف في المختلف حيث قوى فيما اذا استأجر دكانا فسرق بزه ونحوه ذلك بطلان الاجارة ويأتي نقل كلامه بتمامه وعن أبي حنيفة واصحابه على أنه خالف اصحابه فأثبت الفسخ لعذر المكتري دون المكري وهم اثبتوه لها الصدر ثم قرب جماعة جواز الفسخ لكل منهما اذا عم العذر كالثلج المانع من قطع الطريق او عرض مانع شرعي كخوف الطريق لتحريم السفر كما يأتي ان شاء الله تعالى عند شرح قوله ولو حدث مع المستأجر وقد قسمنا العذر هناك الى ثلاثة اقسام فلا بد من الوقوف على ذلك والاصل في المسئلة بعد الاجماع الاصل وعموم وجوب الوفاء بالعقود ومن امثلة امكان الانتفاع خراب بعض المسكن ولا عبرة بامكان الانتفاع بغير المعين كما لو استأجر ارضا للزراعة فغرقت وامكن الانتفاع بها بغيرها كصيد السمك كما يأتي للمصنف وغيره ويأتي هناك ان شاء الله تعالى تمام الكلام ﴿ قوله ﴾ (ولا بموت احدهما على رأي) وهو خيرة كافي ابي الصلاح والسرائر والشرائع والنافع وكشف الرموز والتحرير والارشاد والمختلف والايضاح والقواعد للشهيد واللمعة والمقتصر والتنقيح وايضاح النافع وجامع المقاصد والمسالك والروضة والروضه ومجمع البرهان والكفايه والمفاتيح والرياض وحكاه في السرائر عن الاكثرين المحصلين وعن علم الهدى وستعرف ماوجدناه من كلامه وفي المسالك عليه المتأخرون اجمع (قلت) لكن بلفظ الاشبه كما في الشرائع والنافع وايضاح النافع وستسمع ان ظاهر المحقق التردد في موضعين والاقوى كما في التحرير والتنقيح وموضع من التذكرة والاصح كما في الايضاح وجامع المقاصد وقال في (الارشاد) كالكتاب على رأي فلا جزم به في شيء من هذه وقد نفى الخلاف في السرائر في باب الاجارة عن بطلانها بموت المستأجر كما ستسمع ثم جزم به في كشف الرموز والمختلف واللمعة والمقتصر مع ان المصنف في التذكرة في موضع منها قال بقول الشيخ او مال اليه كما ستسمع مضافا الى عدم جزمه به في بقية كتبه ولا ترجيح للشهيد في غاية المراد والحواشي كما ان ابا العباس لم يرجح في المهذب لكن الغالب منه فيه عدم الترجيح كما أنه اي الشهيد الثاني في الروض ظاهره التوقف حيث لم يرجح هؤلاء المتأخرون المتقدمون عليه فلم يجزم بمن المتقدمين الا التقي ومن المتأخرين الا كاشف الرموز وان شئت قلت وابو العباس (وكيف كان) فقد احتج على ذلك في السرائر بانه الذي تقتضيه أصول المذهب والادلة القاهرة عقلا وسمعا فالعقل ان المنفعة حق من حقوق المستأجر على المؤجر فلا تبطل بموته بل يرثه وارثه لعموم آيات الارث والسمع

قوله تعالى اوفوا بالعقود وهذا عقد يجب الوفاء به وابطاله يحتاج الى دليل ولن نجده فان ادعى احد اجماعا فقد بينا ان اصحابنا مختلفون واستند الى ان السيد والتقي مخالفان ولعله اراد باصول المذهب الاستصحاب واصل العدم واصل اباحة التصرف للمستأجر وأصل براءة ذمته من وجوب الاجتناب والى هذه الاصول او بعضها اشار المحقق بقوله في كتابيه انه اشبه اي باصول المذهب كما ذكره هو في ضابط له وما زيد على ذلك في كشف الرموز والمختلف والايضاح والمهذب والتنقيح فهذه ادلة الجماعة الذين هم اول من خالفوا مع ما في اولها من المصادرة ورجوع اول من استدل بها عنها ومخالفته لها كما ستعرف وما كانت هذه الادلة لتخفى على الشيخين ومن وافقهما كما ستعرف وهم الذين اسسوا واصلوا وفرعوا فما اعرضوا عنها مع ظهورها لكل من مارس الفن ادنى ممارسة الا لاخبار او سيرة او اجماع كما ادعاه الشيخ أوغيره كما ستسمع كيف لا والمقنعة والنهاية متون اخبار ثم لو كانت ادلة من خالف غامضة لقلنا ربما غفلوا عنها ولذلك تراهم ماجزموا بل اتوا بالاشبه والاقوى كما عرفت ثم زاد الشهيد في غاية المراد الاستدلال بصحيح علي بن يقطين المتقدم آنفا قال سئلت (ابا الحسن عليه السلام) عن الرجل يتكارى من الرجل البيت او السفينه سنه او اكثر أو اقل فقال الكراء لازم الى الوقت الذي تكارى اليه والخيار في أخذ الكراء لربها ان شاء أخذ وان شاء ترك (وبما رواه) محمد ابن سهل عن ابيه عن ابي الحسن عليه السلام في الرجل الحديث وهو مثل الاول بدون تفاوت قال واللزوم أعم منه في الحياة والممات بالنسبة اليهما قلت مع ترك الاستفصال في الاول ومثلهما صحيحة علي بن يقطين الآخر وصحيحة أبي بصير وهي كلها ظاهرة والمراد منها ان المستأجر يحاول نقص الكراء لان الغالب في السفينة ان لا تستعمل في جميع السنة في اول نقص الكراء بقدر تعطيلها (فاجابه عليه السلام) بانه لازم للمستأجر والخيار للموجر فلعل ظهورها في الاحياء لايكاد ينكر ولهذا لم يعملوا بها فيما اذا كان الموجر موقوفا عليه ومات كما يأتي ثم ان الذي ينبغي أن يراد بالكراء الاول الاجارة قال في (التذكرة) الكراء وان اشتهر في الاجرة لكنه في الاصل مصدر تكاريت ويراد بالكراء الثاني الاجرة فيخرج الخبر عن الاضطراب وزاد في مجمع البرهان الاستدلال بالصحيح الى ابراهيم بن محمد الهمداني قال كتبت الى أبي الحسن عليه السلام وسألته عن امرأة اجرت ضيعتها عشر سنين على ان تعطى الاجارة في كل سنه عند انقضائها ولايقدم لها شيء من الاجارة ما لم يمض الوقت فماتت قبل ثلاث سنين او بعدها هل يجب على ورثتها انفاذ الاجارة الى الوقت ام تكون الاجارة منتقضة بموت المرأة فكتب عليه السلام ان كان لها وقت مسمى لم يبلغ فماتت فلورثتها تلك الاجارة فان لم تبلغ ذلك الوقت و بلغت ثلثه أو نصفه أو شيئا منه فيعطى ورثتها بقدر مابلغت من ذلك الوقت ان شاء الله تعالى قال في (مجمع البرهان) وهي صريحة في المطلوب ولا يضر عدم صحة سندها لأنها مؤيدة (قلت) الرواية صحيحة كما ستعرف قال و بيان دلالتها على المطلوب انها تدل على عدم البطلان بموت الموجر صريحا وبموت المستأجر بالاجماع المركب (قلت) الاقوال أربعة ذكرها في التذكرة كما ستسمع فلا اجماع مركب وكأنه فهم من قوله عليه السلام فلورثتها تلك الاجارة انهم يرثون عقد اجارتها ويكون لهم ماكان لها (وقد يقال) انه لما لم يقل على ورثتها انفاذ الاجارة كما في السؤال ولم يقل الاجارة منتقضة وقال لهم تلك الاجارة اراد ان لهم تلك الاجرة التي مضى وقتها ثم بينه بانه ان كان الماضي الثلث اونحوه اعطي ورثتها بقدر مامضى فيكون اتقى من اصحاب الرأي وترك الجواب عن السؤال بطرفيه على الغالب والتالب في المكاتبات حملها على التقيه والرواية كادت تكون ظاهرة في

ذلك والا لكان الجواب كلمة واحده وهو اما انفاذ الاجاره أو ان الاجارة منتقضه فعدوله عن ذلك والاخذ في بيان الواضحات واستعمال الاجارة بمعنى الاجره والتزامه تقدير مضاف قاضية بالتقية أو يقول أنه اراد ان امر تلك الاجاره وهي عشر سنين لورثتها ان شاؤا تقضوا وان شاؤا تركوا فكانت دليلا على هذين الاحتمالين للمتقدمين ولعله من المعلوم أن القائلين بالبطلان يقولون ان الورثه اجازة ذلك فمعنى البطلان توقفه على الاجازة كما يأتي في محله قريبا فليلحظ ذلك جيدا (سلمنا) لكنا نقول أنه مجمل لايدل على احد القولين سلمنا لكن اكثر هؤلاء اعرضوا عنه وعن الصحاح الآخر فيما اذا كان المؤجر موقوفاً عليه كما يأتي قريبا وليست اجماعية حتى يقال خرجنا عن اطلاقات هذه الاخبار للاجماع وعن ابي علي انه قال لومات المستأجر قام وارثه مقامة ولم يصل الينا عن العماني والصدوقين والراوندي في ذلك شيء واما القول ببطلانها بموت احد المتعاقدين فهو خيرة المقنعة والنهاية والخلاف والمبسوط في موضعين منها والمراسم والمهذب والوسيله والغنيه وجامع الشرائع وهو ظاهر التذكرة بل والسرائر في موضع آخر كما ستسمع كلاميهما وهو المحكي في كشف الرموز عن البشرى وحكاه القاضي في المهذب عن السيد كما فهمه في التنقيح قال في (المهذب) تنفسخ الاجارة بالموت ولا فرق في ذلك بين ان يكون الميت هو المستأجر او المؤجر وعمل الاكثر من اصحابنا على ان موت المستأجر هو الذي يفسخها لاموت المؤجر وكان شيخنا المرتضى يساوي بينهما في ذلك وظاهره بل صريحه أنه كان يساوي بين موت المؤجر والمستأجر في البطلان وقال في (التنقيح) نقل القاضي عن المرتضى أنه ساوى بينهما والظاهر أن المراد في البطلان وحينئذ فنسبة القول بالصحة مطلقا الى المرتضى كما نقله ابن ادريس منظور فيه انتهى وما حكاه في السرائر عن السيد في المسائل الناصريه في مسئلة المأتين منها (ففيه) أنه ليس فيها الا قوله في بحث العمرى وانما ورث الورثه هذه المنافع كما يرثون منافع الاجاره وهو يدل على أن موت المستأجر لايبطلها ويمكن تاويله نعم وما قال في المختلف أن السيد لم يصرح بما نقله عنه ابن ادريس واعتذر عنه في غاية المراد بان نظره أي ابن ادريس الى أن كل من لم يبطلها بموت المستأجر لم يبطلها بموت المؤجر والقول الرابع لم يقل به احد (وفيه) أنه قال في التذكرة ما نصه وقال بعض علمائنا تبطل بموت المؤجر خاصة دون المستأجر وعكس آخرون وقال في (السرائر) في مسئلة ما اذا استأجر امرأة لترضع ولده فمات واحد من الثلاثة أنها تبطل بموت الاب لانه المستأجر ولاخلاف ان موت المستأجر يبطل الاجارة فاذا كان بين الحكمين تلازم كما ذكره قبل ذلك في باب المزارعة كان الخلاف منفيا (منتفيا خ ل) ايضا عن بطلانها بموت المؤجر ماحكاه هناك عن الاكثرين المحصلين غير صحيح (وكيف كان) فقد استدل في الخلاف على بطلانها بموت المؤجر والمستأجر باجماع الفرقة واخبارهم وقال ان قول بعض اصحابنا ان موت المستأجر يبطلها لاموت المؤجر شاذ لايعول عليه وقال في (الخلاف) ايضا فيما اذا استأجر امرأة لترضع ولده ان عموم الاخبار التي وردت في ان الاجارة تبطل بالموت تتناول هذا الموضع انتهى وقال في (الغنية) تنفسخ بموت أحد المتعاقدين بدليل الاجماع الماضي ذكره لان من خالف من أصحابنا لايؤبه (١) بخلافه في دلالة الاجماع وقال في (المبسوط) الموت يفسخ الاجارة سواء كان الميت المؤجر أو المستأجر عند أصحابنا والاظهر عندهم ان موت المستأجر يبطلها وموت المؤجر لايبطلها

(١) لايؤبه به لايبالي به (قاموس)

وفيه خلاف وفي موضع آخر منه اذا مات المستأجر قام وارثه مقامه عند قوم وعندنا تنفسخ الاجارة انتهى ولا تنافي بين الظاهر والاظهر لان معناه ان الظاهر عندهم بطلانها بموت كل منهما والاظهر عندهم بطلانها بموت المستأجر ومع ذلك قال ان الاظهر فيه خلاف نعم ينافي قوله الاظهر مافي الخلاف والغنية من أنه شاذ لايعرج به ولا يعول عليه و يشهد لماقوله في الشرائع أن بطلانهـا بموت كل واحد منهما هو المشهور و يشهد لما في المبسوط ما في المهذب من أن عليه عمل الاكثر ومافي السرائر من نفي الخلاف فيه لكن يخدشه أن ظاهر السيد في الناصريه أن موت المستأجر لايبطلها وان المفيد وسلار اللذي هو أقدم من القـاضي والشيخ انها تبطل بموت كل واحد منهـما فالتتبع والوجدان يشهدان لما في الخلاف ولم نجد للصدوقين والعماني والراوندي نصاً ولا اشارة في ذلك والاظهر في عبارة المبسوط ان مراده بالاظهر عدم الاظهر عند العامة كما هو عادته و بذلك يرتفع الاشكال عن القوم في عبارته(وكيف كان) فالاجماع محكي على بطلانها بموت كل منهما في الخلاف والغنية وظاهر المبسوط وكذا السرائر ان جرينا على ما ادعاه من التلازم وقد اعتضدت هذه الاجماعات بشهرة الشرائع وناهيك به ناقلا ضابطاً محققا وقد ادعى الشيخ في موضعين من الخـلاف وورود الاخبار في ذلك مصرحة به تارة وعامة أخرى ولا فرق بين ما يحكيه و بين ما يرويه أقصى ما هناك ان ما حكاه مرسل قد اعتضد بالاجماعات وانجـبر بشهرة الشرائع بل هي بين المتقدمـين معلومـة ونعم ماقال في التـذكرة والشيخ استدل باجماع الفرقة وأخبارهم ولا شك في عدالته وقبول روايته مسندة فتقبل مرسلة هذا كله مضافا الى مافهمناه من خـبر ابراهيم الهمداني وهو ابن محمد الهمداني وهو وأولاده كانوا وكلاء الناحية وقد وثقه الامام عليه السلام وروى عنه الثقات وعمّر عمرا طويلا و يؤيد ذلك ان المقنعة والنهاية والوسيلة والمراسم متون أخبار على ان ابن ادريس على أصله غير مخالف وأقصى ما قال المحقق انه اشبه باصول المذهب ولاشبهة في ذلك فلعله غـير مخالف على انه في مسئلة استئجار المرضعة كأنه متردد وهو أي التردد ظاهره في باب الوقف فاما ما في الرياض من أن الاجماعات متعارضـة فاجماع الخلاف والغنية مدعى على البطلان بالموت مطلقا واجماع المبسوط على عـدمه كذلك واختصاص البطـلان بموت المستأجر نعم هي متفقة على البطلان بموته (ففيه) انك قد سمعت معاقد الاجماعات جميعاً بعباراتها برمتها فكأنه ما لحظها وعول على النقل على انا ما وجدنا من نقل جميع ماحكاه بعد فضل التتبع ثم انا لاناتفت الى النقل مع العيان مضافا الى ما هو الاظهر من عبارة المبسوط ثم انه قال ان هذه الاجماعات معارضة بما هو اقوى منها وعد بعض ماذكرناه في حجة المتأخرين واحتمل أن يكون من أدلتهم خبر ابراهيم بن محمد وقد عرفت ان هذه الادلة لاتخفى على اولئك الاجلة واطرف شيء قوله في السرائر واستدل الشيخ على صحة مااختاره في مسائل خلافه بأشياء نرغب عن ذكرها تستيراً على قائلها انتهى مع ان هذا الكلام أخذ بالتيوب واطرافها وما كنا نؤثران يقع من مثله ثم انه وقع هو فيما هو أعظم منه وهو ماقد سمعته(١) والذي أشار اليه في السرائر من كلام الخـلاف انه رغب عن ذكره هو الذي جرى المتأخرين على

---

(١) من التناقض بين قوليه و بين تعليه من دون تقادم عهد والشيخ انما استدل بدليل ضعيف قد ذكره جماعه من علماء العامة منهم جميع أصحاب الرأي وجماعة من أصحابنا غير مبالغين هـذه المبالغة في الانكار (منه عفي الله عنه)

الا ان يكون المؤجر موقوفاً عليه فيموت قبل انتهاء المدة فالاقرب البطلان في الباقي فيرجع على ورثة المؤجر بباقي الاجرة (متن)

المخالفة وهو قوله وايضاً فان المكتري دخل على أن يستوفي المنفعة من ملك المكري فكيف يستوفي من ملك الوارث وقد زال ملك المكري انتهى ومثله مافي التنبية وغرضه ان المنافع تحدث وتتجدد على ملك الوارث لان المنفعة انما يملكها المؤجر تبعاً للعين باعتبار انها تابعة لها لاتنفك عنها فاذا مات المؤجر تنتقل العين والمنفعة الى الوارث هذا هو الاصل وقد دلت عليه الاخبار والاجماع في المقام وقد يخرج عنه لاجماع أو غيره كما تقدم من جواز بيعها ونحوه هذا بالنسبة الى الموجر وأما بالنسبة الى لمستأجر فحاصلها انه هل يملك المنفعة الى مدة الاجارة اوانها انما يملكها مع صلاحيته للملك فعلى الثاني تبطل بموته وهذان وان كانا ضعيفين لكنه انما أخذ الاول في الخلاف مؤيداً ونظره الى الاجماع والاخبار كما هو عادته فيه ولا ترجيح لاحد القولين بموافقة العامة ومخالفتهم لأنهم مختلفون في ذلك كاختلافنا فالشافعي واحمد ومالك واسحق وابو ثور والبستي وابن المنذر انها لا تبطل بموت احد منهما والثوري وأصحاب الرأي والليث انها تبطل بموت كل منهما ﴿ قوله ﴾ ﴿ الا أن يكون المؤجر موقوفا عليه فيموت قبل انتهاء المدة فالاقرب البطلان في الباقي فيرجع على ورثة المؤجر بباقي الاجرة ﴾ هذا الاستثناء ذكره هنا المحقق في الشرائع قال اذا اجر البطن الاول الوقف مدة ثم انقرضوا في اثنائها فان قلنا الموت يبطل الاجارة فلا كلام وان لم نقل فهل تبطل هنا فيه ترددوأظهره البطلان لانا قد تبينا ان هذه المدة ليست للموجرين فيكون للبطن الثاني الخيار بين الاجارة وبين الفسخ ويرجع المستأجر على تركة الاولين بما قابل المتخلف انتهى وقد قرب هنا البطلان في التذكرة والتحرير وجامع المقاصد ووقف الكتاب وجزم به في وقف الخلاف والمبسوط والتذكرة والتحرير والارشاد والدروس واللمعة وجامع المقاصد والروضة (١) والكفاية واجارة اللمعة واللمعة والمسالك والروضة (٢) والاصل في ذلك ان أهل البطن الثاني يتلقون عن الواقف لا عن الموقوف عليهم لان الواقف قد جعل الوقف على من بعده بالاصالة وان تأخر ملك من بعده عن ملكه فلا يكون له التصرف في المنفعة الا زمان الاستحقاق لها ولهذا لا يملك اتلافها مطلقا بخلاف ملك المطلق وقد أوضحنا الفرق بين المالك والموقوف عليه في باب الوقف فليلحظ لكن اطلاق الاخبار الصحيحة بل وخبر لمدأني التي استدلوا بها على عدم البطلان بموت أحدهما يتناول ذلك الا أن يدعى أنه نادر وقد عرمت الحال فيها وكأن شيخنا صاحب الرياض متردد حيث قال عند جماعة (ووجه) احتمال عدم البطلان أنه مالك لها حقيقة فلا تبطل الاجاره المحكوم بصحتها وهو ضعيف وعلى تقدير البطلان بمعنى عدم اجازة البطن الثاني كما في الشرائع والتذكرة والتحرير وجامع المقاصد والمسالك وغيرها ان كانوا قد قبضوا الاجرة رجع أهل البطن الثاني على ورثة المؤجر بما قابل الباقي مع الدفع كما صرح به في وقف المبسوط والتذكرة والتحرير واللمعة وجامع المقاصد والروضة (٣) والكفاية و به صرح جماعة في الباب

(١) في نسخة والروض والروضة فاسقطنا لفظ الروض لانه لم يكتب فيه الوقف وانما كتب فيه الطهارة والصلوة فقط ولعله كان بدله اسم كتاب آخر فحرف من النساخ فليراجع (٢) في نسختين والروضة والروضة فاسقطنا لفظ الروض لما عرفت (٣) في نسختين والروض والروضة وقد عرفت الحال (مصححه)

ولا يتعلق به خيار المجلس ولو شرطا خياراً لهما أو لاحدهما أو لاجنبي صح سواء كانت معينة كأن يستأجر هذا العبد أو في الذمة كالبناء مطلقاً ﴿ الفصل الثاني ﴾ في أركانها وهي ثلاثة المحل وهي العين التي تعلقت الاجارة بها كالدار والدابة والارض وغيرها والعوض والمنفعة

وفي (التذكرة والحواشي وجامع المقاصد والمسالك والروضة) ان المؤجر لو كان ناظرا وأجرها بنظره لمصلحة البطون لم تبطل بموته و به صرح بعض هؤلاء في باب الوقف لكن الصحة حينئذ ليست من حيث أنه موقوف عليه بل من حيث انه ناظر وفي (الايضاح) ان الاقوى البطلان مطلقا لان استحقاق النظر كاستحقاق النافع ويأتي لجامع المقاصد في مستثناها اذا أجر الولي ومات أنه ان آجر ناظر الوقف ثم مات فلا يبعد أن لا تنفسخ الاجارة ان بقي البطن الاول لثبوت ولايته عليه اما بالنسبة الى البطن الثاني اذا كان موته قبل وجوده واستحقاقه فلا انتهى وهو تفصيل يخالف كلامه هنا وكلام غيره في المقام وتمام الكلام في باب الوقف فليلحظ واستثنى أيضا جماعة الموصى له بمنفعتها مدة فيؤجرها كذلك ومثله مالو شرط على المستأجر استيفاء المنفعة بنفسه ﴿ قوله ﴾ ﴿ولا يتعلق به خيار المجلس﴾ كما صرح به هنا في الشرائع وغيرها وقد تقدم الكلام في ذلك مسبغا في خيار المجلس وقد نقلنا هناك الاجماع على أنه لا يثبت في غير البيع عن الغنية والتذكرة وظاهر تعليق الارشاد والمسالك ومجمع البرهان وحكى الشهيد عن المبسوط أنه جوز اشتراطه وقال أي الشهيد انه ان أراد به مع تعيين المدة فسلم والا فشكل وفي (جامع المقاصد) لك ان تقول انه اذا سلم جواز اشتراطه فلا وجه لاشتراط تعيين المدة لانه حينئذ لا يكون خيار مجلس بل خيار شرط نعم في جواز اشتراطه تردد من حيث أنه على خلاف الاصل لجهالة مدته فيقتصر فيه على مورد النص ولانه من توابع البيع فلا يكون ثبوته موجبا لجهالة في شيء من العوضين بخلاف ما اذا لم يثبت الا بالاشتراط فان اشتراط المجهول يجهل العوض (قلت) هذا هو الذي أراده الشهيد وحاصله ان خيار المجلس يختلف بالزيادة والنقصان ولا يقدح ذلك في البيع لثبوته فيه بالنص فاذا اشترط فلابد من ضبطه بمدة ولا يخفى ما في التوجيه الثاني في عبارة جامع المقاصد لانه يرجع بالآخرة الى الاول ﴿ قوله ﴾ ﴿ ولو شرطا خياراً لهما أو لاحدهما صح سواء كانت معينة كأن يستأجر هذا العبد أو في الذمة كالبناء مطلقا ﴾ ونحو ذلك ما في الشرائع وقد أراد بيان ان عقد الاجارة يقبل خيار الشرط سواء كانت معينة أو مطلقة كما اذا استأجره للبناء غير مقيد ببناء شخص مخصوص ونبه بقوله سواء كانت معينة على خلاف بعض العامة حيث جوز خيار الشرط في المطلق لا المعينة وقد تقدم لنا في خيار الشرط انه يجري في العقود اللازمة ما عدا النكاح والوقف وان المقدس الاردبيلي استظهر من التذكرة الاجماع عليه وقد اسبغنا الكلام فيه في الباب بما لم يوجد في كتاب وهل يدخله خيار الغبن قد تقدم لنا في بابه انه صرح في شرح الارشاد للفخر والتنقيح وايضاح النافع انه يعم سائر المعاوضات وانه قد يظهر من التذكرة وقلنا ينبغي النظر الى الدليل فان كان هو الاجماع لم يعم والاعم فالعموم وقال ابو العباس انه لا يدخل في الصلح والحق انه يعم كخيار العيب والرؤية لانهما من توابع المعاوضات لكن لنا تفصيل في خيار الغبن وفي الصلح تقدم محرراً وستسمع كلامهم ان شاء الله تعالى فيما اذا ظهر في العين عيب أو ظهرت على خلاف الوصف

﴿ الفصل الثاني في أركانها ﴾

﴿وهي ثلاثة المحل وهو العين التي تعلقت الاجارة بها كالدار والدابة والآدمي وغيرها والعوض والمنفعة﴾ قد جعل

(المطلب الاول) المحل كل عين تصح اعارتها تصح اجارتها (متن)

الاركان في التذكرة أربعة المتعاقدين والصيغة والاجرة والمنفعة وترك المحل وترك هنا المتعاقدين والصيغة وقال في (الحواشي) ركن الشيء ما يتقوم به ذلك الشيء ولما كانت انما تتقوم بهذه الثلاثة اطلق عليها أركانا مجازاً وفي (جامع المقاصد) ان المعروف ان الركن ما كان داخلا في الماهية ومعلوم ان الاجارة على مافسرها به من كونها عقدا لاتكون هذه الامور داخلة في مفهومها وان أراد بالركن هنا ما يشتد توقف الماهية عليه مجازاً فالمتعاقدان أيضاً كذلك (قلت) قد حكي عن الابي والمقدادان ركن الشيء جانبه الاقوى ورد عليهما بأن المعروف في المعاملات ان الركن مايتقوم به الشيء وقد قال المصنف في باب البيع ان أركانه ثلاثة الصيغة والمتعاقدان والعوضان وقد جعلها هناك في جامع المقاصد اركان المقصد لا أركان البيع والأمر في ذلك سهل ﴿ قوله ﴾ ﴿ المطلب الاول المحل كل عين تصح اعارتها تصح اجارتها ﴾ بلا خلاف كما في المبسوط والسرائر وبلا خلاف ممن يعتد به كما في التنقيح واجماعا كما في الغنية أيضا وظاهر الخلاف أو صريحه الاجماع وفي (فقه الراوندي) كل مايستباح بعقد العارية يجوز أن يستباح بعقد الاجارة بلا خلاف ولا امثلة في كلامه لاتقضي بقصر الحكم عليها وقد صرح بالحكم في الشرائع والنافع والتذكرة والتحرير والارشاد وغيرها وفي (جامع المقاصد) ان هذا اكثري اذ الشاة تصح اعارتها للحلب ولا تصح اجارتها وقيد في التنقيح عبارة النافع فقال كل عين تصح اعارتها مع بقاء عينه تصح اجارته ونحوه مافي المسالك في تقييد عبارة الشرائع من قوله تصح اعارته بحسب الاصل أي القاعدة وفي (مجمع البرهان والكفاية) كلما تصح اعارته من الاعيان للانتفاع به بالمنفعة التي لا تكون عينا تصح اجارته وفي (اللمعة) كل مايصح الانتفاع به مع بقاء عينه تصح اعارته واجارته وغرض الجميع اخراج المنحة فانها يجوز اعارتها مع أن المقصود منها وهو اللبن لاتبقى عينه ولا تصح اجارتها كذلك (ونحن نقول) ان قام اجماع على عدم صحتها اجارتها للحلب كما حكاه مولانا المقدس الاردبيلي عن التذكرة وغيرها فذاك لكن الظاهر عدم تحققه لمكان اطلاقات هذه الاجماعات المستفيضة والفتاوى وقد تتبعنا التذكرة فرأيناه قد ذكر في عدة مواضع انه لا يجوز استئجار الشاة للحلب من دون حكاية اجماع صريح ولا ظاهر وكذلك غير التذكرة وقد عاودنا النظر مراراً في نسختين من التذكرة وفي غيرها فلم نجد ما ذكر ولعله نظر الى قوله في التحرير اما ما لا يمكن استيفاء المنفعة منه الا باتلافه كالطعام والشمع فانه لاتصح عندنا الاجارة فيه بل الظاهر انه ما أراد الا هذه لكنه قال بعد ذلك بتسع مسائل أو عشر وفي جواز استئجار الغنم والابل والبقر ليأخذ لبنها ويسترضعها لسخاله اشكال وقد روى أصحابنا جواز أخذ الغنم بالضريبة مدة من الزمان انتهى فكيف يدعي الاجماع عليه وهو يستشكل فيه (وقد استدل) في التذكرة على جواز اعارة الشاة للحلب بصحيحة عبد الله بن سنان وحسنة الحلبي ففي الاول انه سأل الصادق عليه السلام عن رجل دفع الى رجل غنمه بسمن ودراهم معلومة لكل شاة كذا وكذا في كل شهر قال لا بأس بالدراهم فاما السمن فلا أحب ذلك الا أن تكون حوالب فلا بأس ونحوه الحسن قال في (التذكرة) واذا جاز ذلك مع العوض فبدونه أولى وأنت خبير بان جواز ذلك مع العوض دائر بين البيع والاجارة والاول ممنوع اجماعا فتعين الثاني وأما الصلح فلاتعرض له في الخبرين ان اجزناه في مثل ذلك الا أن تقول ان هذه معاوضة على حده لكنه قد صرح في المبسوط

واجارة المشاع جائزة كالمقسوم وكذا اجارة العين المستأجرة ان لم تشترط المالك التخصيص

وغيره بجواز استعارة الشاة للحلب وقلنا عليه هناك الاجماعات المستفيضة من المتأخرين وقد قالوا هنا كلما تصح اعارته تصح اجارته فيكون من باب الاجارة وليس هذه مما يغفل عنه مضافا الى تقارب البابين في مصنفات بعضهم وقد استمرت الطريقة على ذلك في الشامات والعراق والعجم وهذا الفحل يستأجر للضراب والقصد الماء والظئر لارضاع الولد وكذا البئر للاستقاء والكاتب للكتابة ومنه المداد الى غير ذلك مما فيه انتفاع باستيفاء المنفعة والعين كاستئجار الحمام والاستئجار للصبغ (الا أن تقول) ان هذه ما دعت اليها الضرورة والحاجة (فنقول) ان هذه دلت عليها الاخبار واطلاقات الاجماعات وقد تدعو الضرورة اليها ويأتي للمصنف وغيره تجويز استئجارها اذا دعت اليها الحاجة لتربية الولد (وليعلم) ان هذه القاعدة قد نقضها الشيخ وابن ادريس أما الشيخ فقد منع في المبسوط والخلاف اجارة حائط مزوق للنظر اليه والتفرج والتعلم منه لان المنع قبيح فاجرته قبيحة وهذه العلة لا تجيء في العارية ومراد الشيخ من القاعدة التلازم في النفي والاثبات بمعنى ان كل ما لا تصح اجارته لا تصح اعارته واما ابن ادريس فانه صحح اعارة الدراهم والدنانير وقوى في آخر كلامه عدم صحة اجارتها وفي المسئلتين كلام للمصنف في المختلف يأتي ان شاء الله تعالى بيان الحال فيه ﴿ قوله ﴾ ﴿ واجارة المشاع جائزة كالمقسوم ﴾ كما في المبسوط والخلاف والسرائر والشرائع والنافع والتذكرة والتحرير والارشاد واللمعة والمسالك والروضة والروض (١) ومجمع البرهان وفي التذكرة الاجماع عليه سواء اجره من شريكه أو من الاجنبي انتهى ولا فرق عندنا كما في الروضة بين أن يأجره من شريكه وغيره وفي (المسالك) انه موضع وفاق وخالف بعض العامة فمنع من اجارته لغير الشريك قلت هو أحد قولي أبي حنيفة (دليلنا) على ذلك بعد الاجماع عموم ادلة الاجارة ولا مانع الا الشركة والاشاعة ولا تصلحان للمنع لعدم المنافاة مضافا الى الاصل لا انه لا يسلم العين المشتركة الا باذن الشريك واذا لم يأذن يرفع أمره الحاكم كما اذا تنازع الشريكان واذا لم يكن المستأجر عالما ثبت له الخيار ﴿ قوله ﴾ ﴿ وكذا اجارة العين المستأجرة ان لم يشترط المالك التخصيص ﴾ كما صرح بذلك كله في جامع المقاصد وغيره وهو معنى ما في النية والسرائر والشرائع والنافع والارشاد واللمعة والمسالك والروضة وغيرها قال في (النية) اذا ملك المستأجر التصرف بالعقد جاز له أن يملكه لغيره على حسب ما يتفقان عليه من زيادة أو نقصان (اللهم) الا أن يكون استأجر الدار على أن يكون هو الساكن والدابة على أن يكون هو الراكب فانه لا يجوز و لحال هذه اجارة ذلك لغيره على حال بدليل الاجماع ونحوه من دون تفاوت اصلا ما في السرائر من دون دعوى الاجماع وفي (الشرائع) وما ذكر بعدها للمستأجر ان يؤجر الا أن يشترط عليه استيفاء المنفعة بنفسه وفي (الارشاد أيضا والروض) له ان يركب مثله الامع التخصيص واطلاقه يتناول ما كان بالاجارة وبدونها وفي (المبسوط) له ان يركب مثله أو دونه وفي (التحرير) يجوز ايجار العين المستأجرة سواء رضي المالك أم لا بشرطين أحدهما أن يؤجر لمثله أو دونه الثاني تجريد العقد عن شرط التخصيص

---

(١) كذا في نسختين وقد مر له نظير وعرفت ان الروض لم يكتب فيه زيادة على الصلوة والتصحيف محتمل (مصححه)

وقد نبه على تفسير التخصيص فيه وفي غيره بأن لا يركب الدابة غيره وان يستوفي المنفعة بنفسه وستسمعها فيهو ما يتنزل عليه (وكيف كان) فقد حكي الاجماع على جواز ايجار العين المستأجرة في ظاهر الغنية أو صريحها وقد سمعت عبارتها وصريح التذكرة قال لو استأجر داراً أو دابة أو غيرهما من الاعيان التي يصح استئجارها جاز له ان يؤجرها من غيره عند علمائنا اجمع وفي (مجمع البرهان والكفاية) ان الظاهر عدم الخلاف في جواز ايجار الدار التي استؤجرت اذا لم يشترط استيفاء المنفعة بنفسه ولا أرى وجهاً للاقتصار على ذكر الدار الا ما ستسمع مما سنذكره في الراكب وقد حكيت الاجماعات على الجواز اذا اجر بمثل ما استأجر جنساً وقدراً أو باقل وعلى الجواز فيما اذا أجر بزيادة اذا احدث في العين عملا وان لم يقابل الزيادة كما ستسمعها مفصلة ان شاء الله تعالى مضافاً الى الاصل وانه قد ملك المنفعة واطلاق النصوص المستفيضة في باب كراهية اجارة الارض باكثر مما استؤجرت به ويدل عليه في الارض صريحاً صحيحة محمد بن مسلم عن احدهما عليهما السلام قال سألته عن رجل استأجر ارضاً بالف درهم ثم اجر بعضها بمائتي درهم ثم قال له صاحب الارض الذي اجره انا داخل معك فيها بما استاجرت فتنفق جميعاً فما كان فيها من فضل كان بيني وبينك قال لا باس ويدل عليه صريحاً في الدابة صحيحة علي بن جعفر عن اخيه ابي الحسن عليه السلام قال سألته عن رجل استأجر دابة فأعطاها غيره فنفقت فما عليه قال ان كان اشترط أن لا يركبها غيره فهو ضامن لها وان لم يسم فليس عليه وقد دلت أيضاً على عدم الصحة اذا اشترط المالك عليه التخصيص وقد حكي عليه الاجماع في صريح الغنية والتنقيح نعم اذا شرط المستأجر الاول على الثاني استيفاء المنفعة بنفسه صح وهو مما يرد على العبارة ونحوها لان استيفاءها بنفسه أعم من استيفائها لنفسه كما صرح بذلك جماعة على انه ظاهر الا أن ينهاه عن نفس الاجارة من الغير بالشرط فلا يصح كالاول وان استوفى هو المنفعة وقد يذب عن العبارة ونحوها بأن هذا الشرط غير صحيح الا أن يصرف الى أمر آخر كأن يؤجره المستأجر الاول ويشترط عليه في متن العقد ان يسيره له تلك المدة أو نحو ذلك وينبغي التنبيه لامور (الاول) انهم قيدوا الجواز بعدم التخصيص وقد قالوا ان الاجارة اذا كانت للركوب فلا بد من تعيين الراكب إما بالمشاهدة أو بالاوصاف الرافعة للجهالة القائمة مقام المشاهدة فمع تعيين كون المستأجر هو الراكب يكون ذلك تخصيصا فكيف يقولون يجوز له أن يركب غيره وأن يؤجره الامع التخصيص الأأن تقول انهم أرادوا بالتخصيص التنصيص على ان لا يركب غيره ففي الراكب حينئذ تخصيصان وأحدهما لا ينافي الآخر فالتخصيص الحاصل من المشاهدة والاوصاف يقضي بجواز اركاب من كان مثله أو دونه كما صرح به الراوندي في فقهه وهو قضية كلام غيره كما يأتي ان شاء الله تعالى والتخصيص الحاصل من الاشتراط هو ان لا يركب غيره وان كان مثله أو دونه كما هو الظاهر من الصحيحة المتقدمة فان ظاهرها التنصيص على أن لا يركبها غيره لكنها ظاهرة في عدم التفصيل بين الاثقل والمساوي والاخف مخالفة لما يظهر من المبسوط والتحرير والارشاد من التقييد بمثله وبالجملة نافية لتخصيص الاول الا أن تقول ان الاثقل خارج بالعقل والاعتبار فالصحيحة جارية على ما هو المتعارف يستأجر الانسان لنفسه ولما هو مثله من مستوي الخلقة ولا دلالة فيها حينئذ على عدم اشتراط المشاهدة والوصف نعم ان قلنا ان الاثقل غير خارج كان مقتضاها جواز الاركاب وعدم الضمان الا مع التعيين والشرط لمكان ترك الاستفصال ثم انهم يستندون في اشتراط المشاهدة والوصف الى الجهالة والغرر والى اختلاف الناس بكثرة الحركات

وشدتها وقلتها وكثرة السكنات لكنه من البعيد معرفة الثاني بالوصف بل وبالمشاهدة وكأنهم أرادوا المبالغة فليتأمل ثم ان المصنف والمحقق الثاني ذكرا مثل ذلك في المسكن فقد قال فيما يأتي من الكتاب ويجوز مع عدم الشرط ان يؤجر لمثله أو أقل ضرراً وقال المحقق الثاني في شرحه أي يؤجر لركوب مثله مثلاً وسكنى مثله أو يؤجر لمثل العمل الذي استؤجر لاجله وكذا للاقل ضررا لان المنفعة تصير ملكا له بالاجارة والناس مسلطون على أموالهم فقد شرط في المسكن أيضا الاجارة لمثله أو أقل ضرراً مع الاطلاق وعدم التخصيص مع ان الظاهر عدمه لانه لو استأجرها ليكتفي بسكناها جاز له أن يسكن من هو أكثر منه ضررا بكثرة العيال والضيوف والدواب وغيرها الا القصار والحداد كما في الوسيلة وغيرها لانه مالك المنفعة فله أن يفعل بها مايشاء كما قاله الشهيد في غاية المراد وكما يأتي بيانه في الاحكام نعم ليس له أن يجاوز المتعارف فلا يسكن الدواب في مسكن الناس ونحو ذلك مما ليس بمتعارف ولا نقول كما قال الشهيد انه يجوز له أن يفعل بها كل ما يفعل بماله (والحاصل) انهم جروا في الراكب والساكن على المتعارف من انه يستأجر لنفسه ولمن كان مثله ولا كذلك الارض فانه اذا استأجرها لزرع الحنطة فليس له أن يزرعها مساويها وما دونها في الضرر على الاصح عند جماعة لانه ليس متعارفا ويأتي التنبيه على ذلك في مباحث الارض فليلحظ هناك (الامر الثاني) انه اذا لم يشترط المالك التخصيص وجاز للمستأجر أن يؤجر هل يتوقف تسليم العين على اذن مالكها فيضمن لو سلمها بغير اذن أم لا (الاول) خيرة النهاية والسرائر والكتاب فيما يأتي وجامع المقاصد وحكاه في الحواشي عن ابن شرف وعن ابن الجنيد اذا سلمها الى غير امين لان تسليط شخص على مال غيره بغير اذن المالك تعد فيكون موجبا للضمان ولا يلزم من استحقاقه المنفعة والاذن له في التسلم جواز تسليمها الغير (والثاني) خيرة المختلف وغاية المراد والحواشي والمسالك ومجمع البرهان والمفاتيح والرياض وكذا الروضة والكفاية وهو قضية كلام الشرائع وحكاه في الحواشي عن ابن سليمان وهو خيرة أبي علي اذا سلمها الى أمين وقد نفى البعد في الكفاية عنه أي قول أبي علي (قلت) ويدل عليه صحيحة الصفار الواردة في رجل دفع الى قصار ثوبا ليقصره فدفعه الى آخر فضاع فوقع عليه السلام هو ضامن له الا أن يكون ثقة مأمونا ان شاء الله تعالى لكن قد يدعى أنها ظاهرة في الاجير المبين فتأمل وهذا القول هو الصحيح سواء اجره لامين أم لغيره لكنه يجب عليه اعلام المالك ليحفظ ماله لا لاستئذانه للاصل وصحيح الصفار والصحيح المتقدم الصريح في ذلك وحمله كما في جامع المقاصد على ما اذا كان هناك اذن او على تسليم لايخرج به عن كونه في يد المستأجر تجشم شديد لاداعي له الا التمسك بعموم تحريم التصرف في مال المسلم من دون اذن (وفيه) ان الصحيح هو المخصص ثم ان هذا العموم معارض بعموم الناس مسلطون على اموالهم والمنفعة مال المستاجر بل قد ندعي وجود الاذن لان القبض من ضروريات الاجارة للعين وقد حكم بجوازها والاذن في الشيء اذن في لوازمه وانه لو لم يجز التسليم لم تصح الاجاره لان اجارة مالا يقدر على تسليمه غير صحيحة (وما عساه يجاب) عن الاول بانه ليس من لوازم الاجارة القبض لامكان استيفاء ذلك بجعل المؤجر وكيلا في الاستيفاء وباستيفاء المنفعة والعين في يده كأن يسكنه معه في الدار أو يحمل متاعه على الدابة وهي في يده (ففيه) انه حمل لاطلاقات الفتاوى والاجماعات على افراد نادره لاتأتي الا النادر من الناس كالجواب من الثاني بان المراد من التسليم حصول المنفعه والحصول متصور مع كون العين في يد المستاجر الاول ومثله الجواب عنه ايضاً بجعل مالك المنفعه كالفضولي بانه قادر على التسليم بالاذن المتوقع حصوله لان الفضولي غير مخاطب بتسليم ولا

ولابد من مشاهدتها أو وصفها بما يرفع الجهالة ان أمكن فيها ذلك والا وجبت المشاهدة (متن)

يتوقع منه ذلك وانما المخاطب بالايفاء والتسليم المالك اذا اجاز فحال الفضولي كحال الوكيل في ايقاع الصيغة فقط وما نحن فيه ليس كذلك وقد اشتبه ذلك على كثير في باب الفضولي سلمنا ذلك كله ولكن الصحيح يأتي على ذلك كله ثم ان جعل الموجر وكيلا في الاستيفاء لم يتضح لنا حاله ثم يتصور ذلك على جهة العاريه والاباحة فليتامل (الامر الثالث) أنه لافرق في جواز ايجار المستأجر العين بين ان تكون الاجارة الثانيه اكثر من الاولى ام لاخلافا للاكثر فمنعوا من اجارة المسكن والخان والاجير با كثر الا ان يوجر بغير جنس الاجره او يحدث فيه حدثا كما يأتي ان شاء الله تعالى (الامر الرابع) هل يجوز المستأجر الثاني أن يستعملها في غير ما استأجرها له المستأجر الاول اذا كان مساويا الذي يفهم في فحوى كلامهم في عدة مقامات أنه لايجوز له ذلك و يابي المصنف أنه يجوز له مع عدم الشرط ان يؤجر لمثله وقد فسره الشارح بمثل العمل الذي استأجرها لاجله قال وكذا الاقل ضررا و يفهم منهم في مقامات أخر جواز ذلك ولم أجد لهم تصريحا باحد الامرين الا المصنف في التذكرة فانه قال في مسئلة ما اذا سلمه العين المستأجره الى مكان معين مدة الاجارة ولم يستعملها لزمته الاجرة وان كان معذورا لخوف الطريق أو عدم الرفيق لأنه متمكن من السفر عليها لبلد آخر ومن استعمالها في البلد تلك المدة انتهى واذا جاز ذلك للمستأجر الاول جاز للثاني وقد يحمل ذلك على ما اذا كان أقل ضرراً ثم اني وجدته في التذكرة في آخر الباب قوى المنع فيما اذا كان العدول المساوي في السهولة والأمن أو كان أقل ضرراً لجواز أن يكون للمؤجر غرض في تعيين الجهة وقضيته أنه لايجوز العدول الا مع العلم بعدم الغرض ويكفي في المنع الاحتمال وفي (مجمع البرهان) الجواز مالم يعلم المنع ثم أني وجدت الشيخ في المبسوط نقل في المسئله قولين ثم قوى المنع مطلقا وأنه يضمن بالمخالفه وهو خيرة التحرير ويأتي بيان ذلك كله عند تعرض المصنف له ﴿ قوله ﴾ ﴿ ولا بد من مشاهدتها او وصفها بما يرفع الجهاله ان أمكن فيها ذلك والا وجبت المشاهدة ﴾ أي لابد في العين المستأجرة من العلم بها لان الاجارة عقد معاوضة مبني على المغالبه والمغابنة فلايصح مع الغرر فيجب مشاهدة العين المستأجرة التي هي متعلق المنفعه أو وصفها بما يرفع الجهاله وقد صرح بأنه لابد من احد الامرين في المبسوط والفقه الراوندي وا كثر ما تأخر عنهما وقد قال المصنف هنا وفي التحرير أنه انما يعتبر الوصف ان امكن والا وجبت المشاهدة (واعترضه في جامع المقاصد) بأنه ان كان المراد وصفها بصفات السلم فانه يقضي بان كلما لايجوز السلم فيه تجب مشاهدته مع ان العقار لايجوز السلم فيه وتصح اجارته مع الوصف الوافي بصفاته الشخصيه كما سيأتي للمصنف (وان قلت) أن المراد بالوصف اعم من الوصف الوافي بصفات السلم فيما يسلم فيه ويكون موضعه القسمه ومن الوصف بالصفات الخاصة بالشخص المعين اذا لم يمكن السلم فيه ولايكون موضعه القسمه (قلنا) يشكل بان كل شيء يمكن وصفه بما يرفع الجهاله اما مايمكن فيه السلم فظاهر واما غيره فلانه انما يوصف فيه الشخص ولا ريب أن الموجود المتشخص يمكن تتبع جميع صفاته واستقصائها وان كثرت (والجواب) ان المراد الثاني وان عدم امكان الوصف قد يكون لعدم معرفة المؤجر بالوصف وان كان قد رآها وشاهدها وقد يكون لعدم رؤيته لها بالكليه وقد يكون لعدم امكان ضبطها به لان المصنف يمنع الكليه فانه في التذكرة لم يكتف في اجارة الارض للزراعه بالوصف محتجا بانها تختلف

فان باعها المالك صح فان لم يكن المشتري عالماً تخير بين فسخ البيع وامضائه مجاناً مسلوب المنفعة الى آخر المدة ولو كان هو المستأجر فالاقرب الجواز ويجتمع عليه الاجرة والثمن (متن)

فبعضها صلب يتصعب حرثه على البقر ومستعملها و بعضها رخو يسهل و بعضها فيه حجارة تتعلق بها السكة ومثل هذا الاختلاف انما يعرف بالمشاهدة للمارس الخبير وان اعترضه المحقق الثاني والشهيد الثاني كما يأتي ان شاء الله تعالى في خصوص الارض والا فالجوهرة الغالية النفيسة يدرك المشاهد منها مالا يدرك بالوصف وان أسهب فيه وأطنب ولا يرفع بذلك الجهالة التي تتفاوت لاجلها القيمة سلمنا لكنه بني ذلك على معتقده ﴿ قوله ﴾ ﴿ فان باعها المالك صح ﴾ أي البيع ولا يقع باطلا كما حكيناه فيما تقدم من تقدم عن النهاية وماتأخر عنها الى الرياض وقلنا عليه الاجماعات المستفيضة والاخبار المتضافرة وقد اسبغنا الكلام فيه محرراً ﴿ قوله ﴾ ﴿ فان لم يكن المشتري عالماً تخير بين فسخ البيع وامضائه مجانا مسلوب (مسلوبة خ ل) المنافع الى آخر المدة ﴾ كما في التذكرة والتحرير وجامع المقاصد والروضة والمسالك والمفاتيح والرياض وهو معنى مافي المبسوط والوسيلة والغنية وايضاح النافع قال في (الغنية) فعلى المشتري ان كان عالما بالاجارة الامساك عن التصرف حتى تنقضي مدتها وان لم يكن عالما بذلك جاز له الخيار في الرد بالعيب بدليل الاجماع انتهى وهو عبارة المبسوط ووجهه أنه عيب أو كالعيب ان المنفعة المستوفاة بعقد الاجارة تفوت على المشتري وهو ضرر لان اطلاق العقد وقع على ماهو الغالب من وجوب التسليم والانتفاع وقد فاته ذلك وقد جعل له الشارع الخيار ليتخلص من هذا الضرر فان فسخ فذاك وان اختار الامضاء لم يكن له الامضاء مجانا لامع الارش لانه انما يثبت مع العيب الحقيقي وهو نقصان الخلقة أو زيادتها وهما منتفيان هنا وانما الفائت منفعة العين واستحقاق تسلمها والتسلط عليها فاطلاق القول بانه عيب ليس بجيد لاسيما مع الحكم بعدم الارش كما تقدم ﴿ قوله ﴾ ﴿ ولو كان هو المستأجر فالاقرب الجواز ويجتمع عليه الاجرة والثمن ﴾ أي لو كان المشتري للعين المؤجرة هو المستأجر لها فالبيع صحيح اجماعا كما في التذكرة والايضاح وهو معنى قوله في جامع المقاصد فالبيع صحيح لامحالة ووجهه انه عقد بيع صادف ملكا فصح كغيره لان الملك في الرقبة خالص له وعقد الاجارة انما ورد على المنفعة فلا يمنع من بيع الرقبة والتسليم غير متعذر وهل تنفسخ الاجارة أم لا وجهان وقد اختير بقاؤها في جامع الشرائع والتذكرة والتحرير والايضاح وشرح الارشاد للفخر واللمعة والحواشي وجامع المقاصد وتعليق الارشاد والمسالك والروضة ومجمع البرهان والمفاتيح والرياض وهو ظاهر غاية المراد وايضاح النافع وهو المحكي عن القطب وهو ظاهر اطلاق النهاية وما تأخر عنها مما لم يصرح فيه بالبطلان أو العدم وقد ذكرنا ذلك فيما سلف بل ظاهر التذكرة الاجماع عليه حيث قال الحق عندنا لاتبطل وهو اصح وجهي الشافعية انتهى ولم نجد مخالفاً الا المصنف في الارشاد قال فالاقرب بطلان الاجارة على اشكال وحكاه ولده في شرحه أي الارشاد عن الشيخ ولم يحكه غيره عنه ولا وجدناه في كتبه الثلاثة بعد فضل التتبع ومعنى قوله الاقرب البطلان على اشكال ان الاقربية غير خالية عن الاشكال بمعنى ان الرجحان ضعيف في الجملة (وعساك تقول) ان الاطلاقات لا تتناول ما نحن فيه لأنهم يذكرون حكم المشتري اذا كان عالما أو جاهلا وذلك يقضي بالتخصيص بالاجنبي (لأنا نقول) من الافراد النير النادره أن يستأجر وكيل المستأجر من غير علم منه و يشتري هوا و بالعكس

أو يكون له وكيلان وقد عقدا له العقدين ولا شعور للمشتري منهما بالحال (حجة المشهور) الاصل والاستصحاب مع عدم الدليل على كون البيع مبطلا للاجارة فان ذلك يحتاج الى دليل ولا دليل الا تابعية المنفعة لملك العين وهي مطلقا ممنوعة لأنه اذا ملك المنافع اولا بعقد الاجارة ملكا مستقرا فانها لا تبطل بما يطرء من ملك الرقبه وان كانت المنافع تبعها لولا ملكها السابق كما أنه اذا ملك ثمرة غير مؤبره ثم اشترى الشجرة ولا تنافي بين ملك المنفعه بعقد وملك الرقبه مسلوبة المنفعه بعقد آخر كما يملك الثمره بعقد ثم يملك الاصول (وحجة الارشاد) وهو الوجه الثاني للشافعي انه اذا ملك الرقبه حدثت المنافع على ملكه تابعة للرقبة واذا كانت المنافع مملوكه لم يبق عقد الاجارة عليها كما انه لو كان مالكا للرقبه في الابتداء لم يصح منه استئجار المنافع كما أن الملك لما منع ابتداء النكاح منع استدامته فانه كما لا يجوز أن يتزوج امته كذلك لو اشترى زوجته انفسخ النكاح (وفيه) ما عرفت من ان ملك العين انما يقتضي ملك المنافع تبعا اذا لم يبق ملكها بسبب آخر لا مطلقا وتجدد المنافع لا ينافي تملكها بالعقد السابق واما انفساخ النكاح فلان جوازه انما يكون مع الملك أو العقد و يمتنع اجتماعهما لظاهر قوله عز وجل الاعلى أزواجهم اوما ملكت ايمانهم والتفصيل قاطع الشركة والاجماع منعقد على حكم النكاح بخلاف ما نحن فيه ولولا ذلك لقلنا فيه مثل ذلك وايضاً فان المؤجر ليس بمالك للمنفعه يوم باع فلا تصير للمشتري والسيد مالك لمنفعة بضع الامه والزوج لا يملكها وانما يجوز له الانتفاع بالبضع ولهذا لو وطئت بالشبهة يكون المهر للسيد لا للزوج فاذا باع تبعت المنافع المملوكه له الرقبه وملكها الزوج بالشراء فانفسخ النكاح وايضاً ملك الرقبه في النكاح اقوى فيغلب ملك المنفعه ان كان هناك ملك فان سيد الامة اذا زوجها لا يجب عليه تسليمها وملك المنفعه في الاجارة أقوى فانه يجب على المؤجر التسليم فتامل (وايضاً) لو كان هناك منافاة وان التبعة لا تنفك لوجب بطلان البيع لعدم حصول تابعه لان الاصل بقاء الاجاره والاصل عدم بطلانها وخروج المنافع من كم العدم لتبع البيع لان عقد البيع لما وجد صادف عينا مسلوبة المنافع والاصل عدم خروجها عن عقد الاجارة لتبع البيع فكان باطلا على تقدير عدم الانفكاك فليتامل جيدا ولما قام الاجماع على صحته علمنا ان لا منافاة وان التابعية مطلقا ممنوعة وتظهر ثمرة الخلاف في استحقاق المؤجر الاجرة لباقي المدة فيستحقها على المشهور لا على القول النادر بل ليس به قائل غير متأمل ثم عد الى العبارة فقوله فالاقرب الجواز فيه نظر ظاهر اذ لا معنى للجواز هنا وكان حقه أن يقول فالاقرب بقاء الاجارة أو عدم بطلانها لأنه محل النزاع بل ربما أوهمت العبارة ان الاقرب جواز البيع و بقي هناك شيء وهو انه اذا باع المؤجر العين في مدة الاجارة ورضي المشتري ثم تبين بطلان عقد الاجارة فمنفعة مدة الاجارة من حين الشراء للمشتري لما تقدم من ان عقد البيع يقتضي استحقاق المشتري الرقبة والمنفعة جميعاً ولو كانت الاجارة صحيحة منعت من استحقاق المنفعة ولا مانع اذا كانت باطلة الا ان تقول ان المشتري انما اشترى العين مسلوبة المنفعة الى آخر المدة نظرا الى استحقاقها بالاجارة ومثله ما لو وجد المستأجر بالعين عيبا فنسخ الاجارة بذلك العيب كما يأتي في كلام المصنف فمنفعة بقية المدة للمشتري لما عرفت وهو ظاهر التذكرة ويحتمل هنا قوياً جدا أنها للبائع لأنه لم يملك المشتري منافع تلك المدة وانما اشتراها مسلوبة المنفعة تلك المدة والاصل بقاء ذلك بعد الفسخ والتبعية امتنعت بسبب الاجارة فتستصحب وهو خيرة التحرير والحواشي وجامع المقاصد وقد تقول ان الوجهين يبنيان على ان الرد بالعيب يرفع العقد من أصله أو من حينه (فان قلنا) بالاول فهي للمشتري لان الاجارة تكون

ولو وجدها المستأجر معيبة بعيب لم يعلمه فله الفسخ وان استوفى بعض المنفعة (متن)

كأن لم تكن وان كان من حينه فالبائع لانه لم يوجد عند الرد مايوجب الحق المشتري ﴿ قوله ﴾ ﴿ولو وجدها المستأجر معيبة بعيب لم يعلمه فله الفسخ﴾ يريد انه وجدها معيبة بعيب سابق على العقد لم يعلم به فله الفسخ كما صرح به في المبسوط وغيره في الباب وباب المزارعه من غير خلاف بل قد يظهر من الغنية الاجماع عليه بالاولوية وقد فرضها كذلك في التذكرة قال هذا لا نعلم فيه خلافاً اذا كان العيب سابقا يوجب نقصاً تتفاوت به الاجرة وحكى عن ابن المنذر نفي الخلاف فيه أيضاً وقد مثلاه بما اذا استأجر عبدا للخدمة فرض أو جن أو جذم أو دابة للركوب فعرجت بحيث تتأخر به عن القافلة أو بئرا فغار ماؤها أو تغير بحيث يمنع الشرب منه أو دارا فانهدم بعض بنائها أو انكسر بعض جذوعها أو اعوج بعض قوائمها أو تغير الظهر في المشي أو كانت جموحا أو عضوضا أو نفورا واشباه ذلك من النقائص التي تفوت بها المنفعة أو بعضها وأ كثر أمثلة التذكرة علها فيما اذا تجدد العيب بعد العقد وهو لا يطابق عنوانها وكذلك الحال في أمثلة ابن المنذر ثم ان تقييدها ذلك بما اذا كان منقصا للمنفعة لعله لا وجه له لان الاطلاق انما ينزل على الصحيح والصبر على العيب ضرر سواء نقص المنفعة أم لا كما اذا كانت الدابة أو الدار لا تليق بحال المستأجر ولا سبيل الى التخلص منه الا الخيار وهو ظاهر اطلاق الشرائع والارشاد بل هو صريحهما لمكان ان الوصلية واطلاق التحرير واللمعة والروضة والمسالك ومجمع البرهان وهو صريح جامع المقاصد الا أن يقال انما أرادوا محل الاجماع وليعلم انه ليس له المطالبة بالابدال كما نص عليه في المبسوط والتحرير وهو ظاهر لان المفروض أنها غير مطلقة لمكان المقابلة ﴿ قوله ﴾ ﴿وان استوفى بعض المنفعة﴾ كما هو صريح جامع المقاصد والمسالك والروضة وهو قضية بعض أمثلة المصنف وابن المنذر في معقد اجماعيهما وهو ظاهر اطلاق الشرائع والنافع والارشاد والتحرير واللمعة ومجمع البرهان بل والمبسوط والسرائر وغيرهما ويفهم من كلام التذكرة بالاولوية كما يأتي لان الصبر على العيب ضرر فلا يسقط بالتصرف كالتبن والتدليس وعدم التكليف بالضرر جهلاً بل نقول كما في التذكرة وجامع المقاصد والمسالك والروضة والرياض ان المعقود عليه في الحقيقة انما هو المنفعة وان جرى العقد على العين لمكان كمال الارتباط بينها (١) والتصرف في المنفعة انما هو في المستوفى منها دون مابقي فما لم يستوفه منها لا يتحقق فيه التصرف فلا يكون التصرف مسقطا لخياره كما في المبيع بل أثبت له في التذكرة الخيار في الفسخ كذلك فيما اذا تجدد بها عيب بعد العقد لعين ماذكرناه قال لان المنافع في الزمان المستقبل غير مقبوضة وان كانت الدار مقبوضة فيكون العيب قديما بالنسبة اليها قال وقياس هذا بمعنى قضيته أن لا يتسلط على التصرف في المنافع المستقبلة الا انه سلط عليه للحاجة فاذا حدث العيب فقد وجد قبل قبض الباقي من المعقود عليه فثبت له الفسخ فيما بقي منها انتهى وقضية هذا ان يثبت له الفسخ وان كان عالما ولعله تقريبي والا لاتنقض بتصرف المماطلة وظاهر اطلاقهم انه ليس على الفور ولو قلنا بسقوط خياره بالتصرف فالظاهر انه لا ريب في استحقاقه الارش وقد كفانا المؤنة انه لا قائل به وانما الكلام فيما اذا قلنا بعدم السقوط

(١) لان العقد على العين انما كان ليستوفى المنفعة منها لأنها تابعة لها في المالية فيلزم من نقص العين نقص مالية المنفعة فعيب العين في قوة عيب المنفعة فله الفسخ وان استوفى بعضها (منه قدس سره)

ولو لم يفسخ لزمه جميع العوض ولو كانت العين مطلقة موصوفة لم ينفسخ العقد وعلى المؤجر الابدال

واختار عدم الفسخ كما يأتي ﴿ قوله ﴾ (ولو لم يفسخ لزمه جميع العوض) كما هو صريح الشرائع والتذكرة والتحرير في عدة مواضع منهما (منها خل) والارشاد والكتاب أيضاً فيما يأتي ومجمع البرهان وهو ظاهر المبسوط فيما اذا استأجر داراً لانه رضي به ناقصاً فاشبه مالو رضي بالمبيع معيبا كما في التذكرة ومعناه انه تصرف فيما له باختياره والعقد كما جرى على المجموع وهو باق برمته لم يفت منه شيء الا وصف أو جزء لا يتقسط عليه الاجرة ولا دليل على أن له الرضاء والالتزام بالارش كما في المبيع (البيع خل) الا القياس وهو باطل وقال في (جامع المقاصد) على عبارة الكتاب ينبغي أن يكون هذا حيث لا يكون العيب منقصا للمنفعة لنقصان العين فانه مع ذهاب بعض العين يجب التقسيط قطعا مع الخيار (قلت) ذهاب بعض العين يكون على طورين أحدهما مالا قسط له من الثمن كيد العبد مثلا وعور الدابة والثابت هنا عند جماعة في البيع انما هو الخيار بين الفسخ والامضاء بالجميع فكذلك هنا والثاني ماله قسط من الثمن كانهدام بعض بيوت الدار وغرق بعض الارض فانه في الاجارة عنده وعند المصنف فيما يأتي من الكتاب والتحرير كتلف أحد العبدين في البيع وهذا هو الذي أراده فيما استدركه على العبارة وهو باطلاقه غير جيد ولكن المسئلة ليست في الاجارة اجماعية قطعية كما قال اذ ظاهر المبسوط عدم التقسيط وغيره متأمل في ذلك كالاردبيلي والكاشاني وقد سمعت اطلاق الكتب المذكورة هنا من دون تعرض لتقسيط ولا أرش ودليلهم يقضي بأن ذلك في غير ماله قسط من الاجرة فاعتراضه في جامع المقاصد لعله في غير محله وقضية كلامه هنا ان العيب اذا لم يكن لنقصان في العين واختار البقاء مع الارش انه لا يجاب اليه وانه ينبغي ان يلزمه جميع العوض وقد تردد فيه قبل ذلك من دون فاصلة يعتد بها والتردد صريح اللمعة قال ولو ظهر عيب فله الفسخ وفي الارش نظر وجعل منشاءه في الروضة من أن العقد جرى على المجموع وهو باق فاما الفسخ او الرضا بالجميع ومن كون الجزء الفائت أو الوصف مقصوداً للمستأجر ولم يحصل وهو يستلزم نقص المنفعة التي هي أحد العوضين فلا يكون الآخر مستحقا بكماله فيجبر بالارش وقال في (جامع المقاصد) بعد ان تردد فيه كما عرفت انه يأتي انشاء الله تعالى ان الاصح وجوب الارش (قلت) وهو ينافي مفهوم كلامه السابق كما عرفت ومما أتى له فيما يأتي انه قال اني لا استبعد ثبوت الارش كثيراً وقد استوجهه في المسالك واستحسنه في الروضة ولا ترجيح في الكفاية (الا أن تقول) انه في جامع المقاصد يفرق بين التقسيط والارش لكن مفهوم كلامه يقضي بأنه يلزمه جميع العوض وان لم يكن تقسيط ويأتي لهم في مباحث الارض الجزم بالارش فيما اذا تعذر الزرع لقلة الماء بحيث لا يكفي الزرع وطريق معرفته ان ينظر الى اجرة مثل العين سليمة ومعيبة ويرجع من المسمى بمثل نسبة المعيبة الى الصحيحة (وليعلم) انه وقع في الشرائع والارشاد لانه له الفسخ والرضا بالعيب من دون نقصان ولو كان العيب مما تفوت به بعض المنفعة والمسكوت عنه المدلول عليه بأن الوصلية هو ما اذا كان العيب لا يفوت به شيء لا ما اذا كان يفوت به الجميع لان ذلك يبطل العقد ﴿ قوله ﴾ (ولو كانت العين مطلقة موصوفة لم ينفسخ العقد وعلى المؤجر الابدال) أي لو كانت الاجارة على عين في الذمة موصوفة بصفات السلم فسلمه عينا معيبة لم ينفسخ العقد وكان على المؤجر الابدال كما في التذكرة والتحرير وجامع المقاصد والمسالك لان العقد لم يتعلق بعينها وانما تعلق بأمر

ولو تعذر فله الفسخ فان رد المستأجر العين لعيب بعد البيع فالمنفعة للبائع ولو تلفت العين قبل القبض أو عقيب القبض بطلت مع التعيين والا بطل في الباقي (متن)

كلي فأشبه المسلم فيه اذا سلمه على غير الصفة ﴿ قوله ﴾ ﴿ ولو تعذر فله الفسخ ﴾ قال في التذكرة ان عجز المؤجر عن ابدالها أو امتنع منه ولم يمكن اجباره عليه فللمستأجر الفسخ أيضاً لتعذر استيفاء منفعته كما هي وهي التي جرت عليها المعارضة وقد صرح بذلك كله أيضا في المسالك وهما مطالبان بالدليل على الخيار عند الامتناع وان كان الاول يحتاج الى دليل أيضا ولعله النقل وانه ثبت ذلك فيما اذا تعذر المسلم فيه فتأمل وقد ترك في جامع المقاصد ذكر صورة الامتناع وذكر انه ثبت له الخيار والفسخ فيما اذا تعذر الابدال على خلاف الغالب وفيما اذا عجز المؤجر لسبب من الاسباب وهو مطالب بالدليل على الثاني ايضاً ولعله لمكان الضرر فتدبر فليلحظ ذلك ﴿ قوله ﴾ ﴿ فان رد المستأجر العين لعيب بعد البيع فالمنفعة للبائع ﴾ قد تقدم الكلام في هذا في آخر الكلام على قوله ولو كان هو المستأجر فالاقرب الجواز الى آخره وقد ذكر في جامع المقاصد هنا فرعا قال فرع لو باع العين واستثنى منفعتها مدة لم يصح على ما سبق في البيع انتهى وكأنه لم يلحظ التذكرة في المقام فان فيها لو باع عينا واستثنى لنفسه منفعتها شهراً أو سنة صح البيع والاستثناء عندنا وظاهرها الاجماع على ذلك وقد تقدم لنا في باب شروط البيع نقل الاجماعات على ذلك بل نبهنا هنالك على ما وقع له هنا وكلامه هناك يقضي بصحة هذا الشرط بل هو كالصريح فيه وقضية محمد بن سليمان الحلي مع ابي حنيفة وابن شبرمة وابن أبي معروفة وقد حكيناها في باب شروط البيع ﴿ قوله ﴾ ﴿ ولو تلفت العين قبل القبض أو عقيب القبض بطلت مع التعيين والا بطل في الباقي ﴾ كما صرح بجميع ذلك في المبسوط والشرائع والتذكرة وجامع المقاصد والمسالك والكفاية وهو صريح بعض من تقي في البعض وقضية كلام بعض في بعض كما ستسمع لان انفساخ العقد فيما اذا تلفت العين قبل القبض صريح الجامع والكتاب فيما يأتي أيضاً وقضية كلام النهاية والمقنعة والمهذب والكافي والغنية والسرائر وغيرها بل قضية اطلاق كلام التحرير في موضع منه وان كان كلامه هنا غير محرر وقضية كلام اللمعة بالاولوية لانه حكم به فيما اذا تلفت بعد القبض (وكيف كان) فقد قال في التذكرة لو تلفت العين قبل القبض انفسخ العقد بلا خلاف نعلمه انتهى ووجهه ان العين المعينة أحد العوضين وقد تعذر تسليمها وهي قبل القبض من ضمان المؤجر وكأن ذلك لا خلاف فيه ولذلك يأخذونه مسلما فاذا فات أحد العوضين قبل القبض بطل كالبيع ولا فرق في ذلك بين العبد والدار اذا انهدمت كذلك كما في المبسوط وحكى فيه عن بعضهم الفرق بان العبد اذا تلف لا يمكن الانتفاع به على وجه ولا كذلك الدار لان بعض العين فيها باق وينتفع به بالعرصة (وبالعرصة ظ) وقال الصحيح الاول لان هذا ما اكترى العرصة وانما اكترى الدار وهي قد انهدمت وهو خيرة الخلاف والمهذب والكافي والكتاب فيما يأتي وجامع المقاصد والمسالك لانه قد صرح في الاخيرين بانه لا عبرة بامكان الانتفاع بغير المعين كما لو استأجر أرضاً للزراعة فغرقت وأمكن الانتفاع بها بغيرها قالا فان ذلك كتلف العين كما تقدم وستسمع ما قيدا به عبارتي الشرائع والكتاب بل قد يقال ان ذلك ظاهر المقنعة والنهاية والمراسم والوسيلة حيث قيل فيها وان انهدم سقطت الاجرة الا أن يعيده الى حال العمارة (ويمكن أن يقال) معنى قولهم سقطت الاجرة أنه يمكن سقوطها لمكان الخيار كما في الغنية

وقال في (التحرير والتذكرة) وان بقي فيها نفع غير ما استأجرها له مثل أن ينتفع بعرصة الدار لوضع حطب فيها أو نصب خيمة أو صيد السمك فالاقرب ثبوت الخيار للمستأجر بين الفسخ والامضاء بالجميع ولا تبطل الاجارة من دون فسخ (قلت) قضية ذلك أنه لو استأجر دابة للركوب فعابت بحيث لم تصلح الا للدوران للطحن ان الاجارة لا تبطل (وعساك تقول) ان ذلك قضية الغنية والسرائر وجامع الشرائع والشرائع والنافع والارشاد واللمعة ومجمع البرهان والمفاتيح والكفاية فيما اذا استأجر داراً فانهدمت فانهم قالوا ان المستأجر الخيار الا أن يعيده صاحبه فان اطلاقهم هذا يقضي بثبوت الخيار مطلقا ولو خرج المسكن بالانهدام عن امكان الانتفاع به بل هو قضية اطلاق المقنعة والنهاية والمراسم والوسيلة بالتأويل المتقدم بل في الغنية والسرائر مثل انهدام المسكن على وجه يمنع من استيفاء المنفعة فيملك المستأجر الفسخ وقد قيد في جامع المقاصد والمسالك والروضة عبارة الكتاب والشرائع واللمعة بما سمعته قال فيما يأتي من الكتاب ولو انهدمت الدار أو غرقت الارض أو انقطع ماؤها في الاثناء فللمستأجر الفسخ ونحوه ما في الشرائع واللمعة فانهما قيدا العبارات الثلاث بما اذا أمكن ازالة المانع أو بقي أصل الانتفاع فلو انتفيا معا انفسخت الاجارة لتعذر المستأجر عليه وقد نبه على القيد الاول الشهيد في الحواشي ولذلك اعترض في الرياض على اطلاق عبارة النافع بانه مخالف لما ذكروه من أن تلف العين مبطل للاجارة (لانا نقول) هذا القيد الاول مشار اليه في جميع العبارات من المقنعة الى المفاتيح حيث يقولون الا أن يعيده المالك حتى يعيده المالك الا أن يعيده صاحبه حتى يعود الى حال يصح الانتفاع به ونحو ذلك كقوله في النافع وله الزام المالك بالاعادة وبالجملة ان المفروض في كلامهم قطعا ان ذلك حيث تمكن الازالة وانما خلت عن ذلك عبارة اللمعة فقيدها في الروضة به في محله ولا كذلك عبارة الكتاب والشرائع فان في الشرائع من غير فاصله الا أن يعيده المالك وفي الكتاب فان بادر اعادته والغرض أن لا شهادة في هذه الاطلاقات على ما في التذكرة والتحرير لان المتبادر منهما عدم امكان الاعادة على الفور من دون ان يفوت شيء بقرينة ذكر صيد السمك ويأتي في الكتاب وغيره أن ذلك يبطلها (وليعلم) ان الظاهر من قولهما في جامع المقاصد والمسالك أو بقي أصل الانتفاع انه من باب اضافة الصفة الى الموصوف أي الانتفاع الاصلي وهو السكنى بقرينة ما حكيناه عنهما آنفا ثم قوله في الروضه ظاهر في موافقته التحرير والتذكرة قال وانما يتخير مع انهدام المسكن اذا أمكن الانتفاع به وان قل أو أمكن ازالة المانع وقد ينزل على ما في المسالك وقد علم من ذلك ان ثبوت الخيار حين الانهدام وامكان ازالة المانع اجماعي كما قد يظهر ذلك من الغنيه وانه لا مجال للقول بالبطلان حينئذ وان ظاهر المقنعه والنهايه والمراسم والوسيلة والغنيه وجامع الشرائع والارشاد والروض سقوط الخيار اذا اعاده المالك ولعلهم استندوا في ذلك الى الاصل وانتفاء الضرر لمكان الاعادة (وفيه) أن الخيار قد ثبت بنفس الانهدام اجماعا فيستصحب وهو خيرة الكتاب فيما يأتي والايضاح والكنز والحواشي وجامع المقاصد والمسالك والروضة وظاهر السرائر والنافع والمجمع وتردد في الشرائع والكفاية وذلك فيما اذا بادر ولم يفت شيء من النفع أما لو فات شيء من النفع فانه يجيء خيار تبعض الصفقة وهل له الزام المالك بذلك اذا لم يفسخ أم لا (الاول) خيرة المراسم والنافع والاصح العدم كما هو خيرة الارشاد ومجمع البرهان وبذلك يعلم حال ما في الرياض من اعتراضه على اطلاق عبارة النافع لانه قد ظهر لك أن الاطلاق مقيد ثم انه قد استوجه فيه اللزوم وعدم ثبوت الخيار أصلا وتمام الكلام

ويرجع من الاجرة بما قابل المتخلف وكذا لو ظهر استحقاقها ويستقر الضمان على المؤجر مع جهل المستأجر وفي الزائد من أجرة المثل اشكال (متن)

عند تعرض المصنف له ان شاء الله تعالى وانما استطردنا فيها الكلام لمكان بعض الاعلام حرسه الملك العلام ثم عد الى العبارة فتقييد البطلان فيها وفي غيرها بالتعيين والتشخيص للتنبيه على أنها لو كانت الاجارة في الذمة فسلم عينا فتلفت فالاجارة باقية كما تقدم ولكنه تركه هنا يأتي ولا بد من تقييد قوله أو عقيب القبض بكونه بغير فاصلة بقرينة قوله والا بطل في الباقي اذ معناه لم يكن التلف قبل القبض أو عقيبه بلا فصل بل بعد مضي زمان ذهب فيه بعض المنفعة بطلت الاجارة في الباقي من مدة الاجارة أو من المنفعة وقد عرفت المصرح به وفي (المبسوط) لاخلاف في أن العقد فيما بقي يبطل وفيما مضى لا يبطل عندنا وأما اذا تلفت بعد القبض بلا فاصلة فقد عرفت المصرح ببطلان الاجارة وسقوط الاجرة وفي (التذكرة) أنه قول عامة الفقهاء الا أبا ثور ولا يخفى ما في العبارة من وضع الظاهر موضع الضمير والجري على نحو قوله «ولا أرض أبقل ابقالها» وسيعيد هذه المصنف في أوائل المطلب الثالث ﴿قوله﴾ ﴿ويرجع من الاجرة بما قابل المتخلف﴾ معناه أنها حيث تبطل في الباقي يقسط المسمى على جميع المدة ويثبت للماضي ما قابله منها وهو ظاهر ان كانت متساوية الاجزاء لانه يكون على المستأجر من الاجرة المسماة بقدر ما مضى من الزمان فان كان نصفه فنصف الاجرة وهكذا ولا فرق بين كون المنفعة مقدرة بالزمان أم لا وان لا تكن متساوية كأن كانت اجرة الشتاء غير اجرة الصيف مثلا فطريق التقسيط كما يأتي ان تقوم اجرة مثل جميع المدة ثم تقوم الاجزاء السابقة على التلف وتحسب الى المجموع ويؤخذ من المسمى بتلك النسبة كما صرح بذلك كله في السرائر وغيرها وهذا كله اذا كان التلف بآفة سماوية أما اذا كان من المالك أو أجنبي فانه يرجع باجرة منفعة المثل كما هو مقتضى القواعد ﴿قوله﴾ ﴿وكذا لو ظهر استحقاقها﴾ يريد أنه كما تبطل الاجارة بتلف العين مع التعيين قبل القبض وبعده كذلك يتبين بطلانها بظهور العين مستحقة كذلك فقد شبه البطلان بالبطلان وان كان أحدهما عارضا والآخر من أصله وحينئذ يرجع المالك على من شاء منهما باجرة المثل ان كان قد قبضها المستاجر ولا سيما اذا مضت مدة يمكن فيها استيفاء المنفعة أو بعضها ثم تلفت وان كان لم يقبضها أي المستاجر لم يلزمه شيء وان كان قد بذلها له ولم يأخذها حتى انقضت المدة كما يأتي بيان ذلك كله عند تعرض المصنف له ﴿قوله﴾ ﴿ويستقر الضمان على المؤجر مع جهل المستاجر﴾ أي يستقر ضمان قيمة العين المستاجرة المفروض تلفها في يد المستاجر الجاهل بكونها مستحقة لانه مغرور وان باشر التلف بمعنى أنه كان تحت يده لضعف المباشرة بالغرور ولان مالا يضمن بصحيحه لا يضمن بفاسده فيرجع على المؤجر بقيمتها ان رجع عليه المالك بها وبه صرح في جامع المقاصد بل هو مما لا ينبغي الريب فيه وان لم يتعرضوا له وعبارة التحرير هنا غير محرره ﴿قوله﴾ ﴿وفي الزائد من اجرة المثل أشكال﴾ أي في رجوع المستاجر بما زاد من أجرة المثل عن المسمى الذي اغترمه للمالك حيث يكون هناك زيادة وعدم رجوعه به اشكال أقربه الرجوع كما في التحرير وهو الاقوى كما في الحواشي والاصح كما في جامع المقاصد لانه مغرور لانه انما أقدم على سلامته له من غير غرم كما اذا اشترى عينا مغصوبة جاهلا بالغصب ثم تلفت في يده فرجع عليه المالك بقيمتها يوم التلف وكانت ازيد مما اشتراها به فان لهم في

وتصح اجارة العقار مع الوصف والتعيين لا في الذمة ويفتقر الحمام الى مشاهدة البيوت والقدر والماء والاتون ومطرح الرماد وموضع الزبل ومصرف مائه (متن)

رجوعه بالزائد اختلافا شديدا حتى من الفقيه الواحد كالمحقق الثاني وقد رجحنا هناك الرجوع حيث يكون الفساد من جهة النسب لا مما يتعلق بالصيغه والمتعاقدين ونحو ذلك وقد اشرنا هناك الى ما هنا واسبغنا الكلام فيه في باب المكاسب محررا وقد احاله في الايضاح على ذلك المقام وقد استشكل فيه في الرجوع في بيع الفضولي وحكم به في شرح الارشاد ووجه عدم الرجوع انه دخل على ضمانه بالاجرة المبذوله في مقابلة مجموع المنفعه فيغرم اجرة المثل ويرجع بالمسمى (وفيه) ان ذلك لا ينافي غروره في الزائد لانه انما دخل على استحقاقه من غير غرم ﴿ قوله ﴾ ﴿ وتصح اجارة العقار مع الوصف والتعيين لا في الذمة ﴾ اما صحة اجارة العقار فلا خلاف فيها بين أهل العلم كما في التذكرة وبين العلماء كما في التحرير ولا خلاف فيها كما في السرائر وحكى عن ابن المنذر في التذكرة انه قال اجمع كل من يحفظ عنه من أهل العلم على أن استئجار المنازل والديار جائزه (قلت) ولا خلاف في صحتها مع المشاهدة وقد تركه المصنف لانه صرح به سابقا في اول البحث وسيأتي له التنصيص عليه في اواخر مباحث الارض واما صحتها مع الوصف فقد فصل فيه المصنف فقال ان كان موصوفا بالصفات الخاصة الوافية بصفاته الشخصيه صح ومن ثم قال لا في الذمه لان الموصوف بصفات السلم يكون كليا ولا امتناع في ان لا يوصف الشيء بصفات السلم لانه لا يعز وجوده ويعسر تسليمه ويوصف الشخص بصفاته المميزه لان الموجود المتشخص يمكن تتبع جميع صفاته واستقصاؤها وان كثرت وقد وافق في ذلك المحقق في الشرائع ووافقهما المحقق الثاني وقد استند في الشرائع الى لزوم الغرر وقال في (المسالك) فيه نظر فان الوصف الرافع للجهالة كيف يجامع الضرر نعم لو علل بعسر تحصيل الموصوف لاختلاف العقارات في الخواص والاوصاف اختلافا كثيرا يعسر معه الوقوف على ما عينه امكن (قلت) قال في الشرائع ولا تصح اجارة العقار الا مع التعيين بالمشاهدة أو بالاشارة الى موضع معين موصوف بما يرفع الجهالة ولا تصح اجارته في الذمة لما يتضمن من الغرر فجعل وصفه الرافع للجهالة حال تشخيصه وتعيينه وجعل وصفه في الذمة متضمناً للغرر لاختلاف العقارات في الخواص والاوصاف فلا مجال للنظر في كلامه على مختاره على ان العسر المذكور يقضي بعدم استيفاء الاوصاف فيرجع الى الغرر ومن الغريب قال في المسالك انه وافقه على هذا التفصيل في التحرير والمحقق في القواعد والتذكرة مع ان الامر بالعكس بالنسبة الى القواعد والتحرير وأما التذكرة فانه بعد ان قال انما تصح اجارتها مع مشاهدتها فانها لا تصير معلومة الا بذلك ولا يجوز الاطلاق فيها ولا الوصف و به قال الشافعي وقال ابو ثور اذا ضبط بالصفه اجزء وعندي لا بأس بذلك اذا أمكن الضبط بالوصف والا فلا بد من المشاهدة لان الغرض يختلف بصغرها وكبرها وعلوها وانخفاضها (وكيف كان) فما اطلق فيه لاكتفاء بالوصف المبسوط والارشاد والروض والروضة ومجمع البرهان والمفاتيح وكأنه مال اليه أو قال به في المسالك وقال في (اللمعة) لابد من كونها معلومه وهو يشمل العلم بالوصف ونحوه ما في الغنية وغيرها لانه يكفي الوصف الرافع للجهالة في الجملة اذ المدار على رفع الغرر وهو يرتفع به ﴿ قوله ﴾ ﴿ ويفتقر الحمام الى مشاهدة البيوت والقدر والماء والاتون ومطرح الرماد وموضع الزبل ومصرف مائه ﴾ قال في المبسوط لا يصح العقد

او وصف ذلك كله ويجب على المستأجر علف الدابة وسقيها فان أهمل ضمن ولو استأجر أجيراً لينفذه في حوائجه فنفقته على المستأجر الا أن يشترط على الاجير (متن)

الا بعد ان يشاهد سبعة اشياء وعد السبعة المذكوره هنا غير انه غير موضع الزبل بموضع الحطب ومثله مافي التذكرة والتحرير غير انه في التذكرة غير موضع الحطب والزبل بموضع القماش وهو ماعلى وجه الارض من فتات الاشياء واراد به الذي يجمع للاتون من السرجين ونحوه قال في التذكرة وعلى هذا قياس سائر المساكن للجهالة بما يختلف الغرض به يعني انه ذكر ما يشترط لصحة اجارته تدريا للغرر وقضية الاشتراط انه متى اخل بشيء من ذلك لم تصح الاجارة للجهالة وبه صرح في التذكرة وجامع المقاصد (وليعلم) انه قال في التذكره بجواز استئجار الحمام ولا تكره اجارته عند علمائنا أجمع وهو قول عامة أهل العلم خلافا لاحد فانه كرهه لان العورات تبدوا فيه وليس بشيء لامكان التحرز ﴿ قوله ﴾ ﴿ أو وصف ذلك كله ﴾ أي يفتقر الى مشاهدة ذلك أو وصفه كله بالصفات الخاصة الوافية بصفاته الشخصية وان كثرت بناء على ماتقدم وقد خلت عن ذلك عبارات المبسوط والتذكرة والتحرير ﴿ قوله ﴾ ﴿ ويجب على المستأجر علف الدابة وسقيها فان أهمل ضمن ﴾ كما في الشرائع والارشاد والروض وذلك كله ظاهر النهاية والسرائر فان فيهما ومتى استأجر دابة ففرط في حفظها أو علفها أو سقيها فهلكت أو عابت كان ضامنا لها ولما يحدث فيها من العيب وقد نسبه في جامع المقاصد الى جمع وفي (المسالك والكفاية) الى جماعة ومرادهم ان ذلك يجب بذله على المستأجر من ماله وان لم يشترطه المؤجر عليه اذا لم يكن حاضراً من دون أن يرجع به عليه ولانجد لهم دليلاً على ذلك مع مخالفته لاصول المذهب كما ستعرف ولذلك رماه في الروضة بالضعف الا أن يكون هناك خبر لم نظفر به لان كان الحكم مذكورا في ظاهر النهاية وقد أخذه مسلما صاحب السرائر وقد يكون مرادهما انه يجب على المستأجر حفظها وعلفها وسقيها أعم من أن يكون من ماله أو مال المؤجر وانه يضمن لو أهمل كالمرتهن والمستودع وذلك مما لاخلاف فيه وفي (جامع المقاصد) لا كلام في وجوبهما والضمان بالاهمال بهذا المعنى (وقد تقول) ان لنا كلاما في الضمان فيما اذا شرط على المؤجر أن يكون معها ولم يف بالشرط أو كانت العادة قاضية بذلك مع كون المستأجر ليس من شأنه أن يباشر كما أشار اليه في مجمع البرهان وكيف كان فقد اختير القول بوجوبها على المالك في التذكرة والتحرير والمختلف واللمعة والحواشي والتنقيح وايضاح النافع وجامع المقاصد والمسالك والروضة ومجمع البرهان والكفاية وهو الذي مال اليه في الكتاب أو قال به حيث قال ولو قيل بوجوب العلف على المالك والنفقة على الاجير كان وجها وهو الظاهر من أبي علي والفخر في الايضاح فبعضهم ذكر ذلك في خصوص المقام وبعضهم ذكره فيما اذا أجر العبد وأعتقه وبعضهم فيما اذا هرب الجمال وأبقى الجمال في يد المستأجر (وحجتهم) ان مؤنة العبد أو الدابة تابعة للملك والاصل عدم وجوبها على غير المالك والاصل براءة ذمته من وجوب ذلك فيجب عليه الانفاق مع غيبة المالك باذن الحاكم ويرجع بما انفق ولو تعذر اشهد فان تعذر فكما تقدم في المرتهن والمستودع ﴿ قوله ﴾ ﴿ ولو استأجر أجيرا لينفذه في حوائجه فنفقته على المستأجر الا أن يشترط على الاجير ﴾ كما في النهاية والشرائع والارشاد والروض وظاهر الحواشي وفي (اللمعة) أنه المشهور وقد تتبعنا كلام الاصحاب من المقنع الى الرياض فلم نجد من

قال به قبل الشهيد غير من ذكرنا بل قد صرح هو في غاية المراد في مسئلة «اذا أجر عبده ثم أعتقه ان عقد الاجارة لايوجب النفقة على المستأجر وعلى ذلك فيها نبه في التذكرة والتحرير وجامع المقاصد وايضاح النافع حيث قالوا لاتجب النفقة على المستأجر الامع الشرط وظاهر الاخير أنه مجمع عليه فدعوى الشهرة لعلها لم تصادف محلها ومما قيل فيه ان النفقة على الاجير السرائر والتذكرة والمختلف والايضاح وجامع المقاصد والمسالك والروضة ومجمع البرهان والمفاتيح وفي (التحرير) فيه قوة وفي (الكفاية) انه أقرب ويلوح من التذكرة الاجماع عليه قال اذا استأجره بطعامه وكسوته ونفقته وغير ذلك صح اجماعا ووصفها كما يصف في السلم وان لم يشترط طعامه ولا كسوته فنفقته وكسوته على نفسه وكذلك الظئر (قال ابن المنذر) ولا أعلم خلافا في ذلك انتهى (حجة الاكثر) ان الاجارة معاوضة تقتضي وجوب العوضين دون ماسواهما والاوجب دخوله في المعاوضة وهو باطل لجهالة النفقة الموجبة للغرر الا أن تقول انها اذا وجبت ابتداء بأصل الشرع من دون شرط يكفي فيها عادة أمثاله نعم لو وجبت بالشرط وجب بيان قدرها ووصفها فنقول ان سلمنا ذلك فالكلام في الدليل على وجوبها ابتداء وليس الا الخبر ومتعرف حاله نعم لو كان هناك عادة مستمرة بالنفقة وتقديرها أو قرينة صريحة في ذلك أو شرطت كذلك على المستأجر لزمت وعلى بعض ذلك تحمل الرواية (وعساك تقول) ان المستأجر لما استوعب وقت عمل الاجير لم يبق له زمان يكتسب به نفقته فكانت على المستأجر وان لم تشترط (وفيه) ان استحقاق المنافع لا يمنع من وجوب نفقته في ماله الذي من جملته الاجرة كما هو واضح(١) حجة الشيخ ومن وافقه ماروى في الكافي والتهذيب في الصحيح الى سليمان بن سالم المجهول الذي لم يذكره علماء الرجال قال سألت ابا الحسن عليه السلام عن رجل استأجر رجلا بنفقة ودراهم مسماة على ان يبعثه الى ارض فلما أن قدم اقبل رجل من اصحابه يدعوه الى منزله الشهر والشهرين فيصيب عنده مايغنيه عن نفقة المستأجر فنظر الى ما كان ينفق عليه في الشهر اذا هو لم يدعه فكافى به الذي يدعوه فمن مال من تلك المكافأة أمن مال الاجير ام من مال المستأجر قال ان كان في مصلحة المستأجر فهو من ماله والا فهو على الاجير وعن رجل استأجر رجلا بنفقة مسماة ولم يفسر شيئا على أن يبعثه الى أرض أخرى فما كان من مؤنة الاجير من غسل الثياب أو الحمام فعلى من قال على المستأجر وفي الاستدلال به على ضعف سنده وقلة العامل به مع وروده في الكتابين اللذين هما نصب العين نظر من وجوه (الاول) أنه صريح في ان النفقة داخلة في الاجرة على سبيل الشرطية اوالجزئية فيكون قول الراوي مسماة صفة لها حذف من الاول لدلالة الثاني عليه على نحو قوله «نحن بما عندنا وأنت بما عندك راض» يرشد الى ذلك وصفها في عجزه بذلك فلا دلالة فيه حينئذ على ماارادوا فان أبيت عن ذلك قلنا كونها مجهولة مما لايقول به أحد كما أن جعل عوض ما اكل من مال من دعاه على المستأجر ان كان الذي دعاه انفق عليه في مصلحة المستأجر والا فمن مال الاجير مستغرب تصويرا وحكما وكان الداعي من اصحاب المستأجر فالضمير المجرور راجع اليه (وقد يقال) أن المراد ان اقامته ذلك الشهر الذي دعي فيه كانت لمصلحة المستأجر فليتأمل (الثاني) أن النفقة ان كانت واجبة على المستأجر باصل الشرع أو بالشرط أو بالذكر في

---

(١) ومنه يعلم حال مايقال ان النفقة لبقاء الاجير ليستوفى المستأجر منه منافعه فلايجب عليه بذل المال ليحصل حق غيره (منه قدس سره)

فان تشاحا في قدره فله أقل مطعوم مثله وملبوسه (متن)

متن العقد على أن تكون هي الاجرة كانت لازمة للمنشــه سواء ا كل الاجير من ماله أو غيره فله أن يفعل بها مايشاء فلا معنى للسؤال عن كونها من مال ايهما ولا التفصيل في الجواب بما عرفت فتأمل ثم ان المكافي انما يتبرع من ماله لامال غيره ولعله لذلك كله استدل لهم في الايضاح بسجزه فقط وسقسمه حاله (الثالث) أن غسل الثياب واجرة الحمام اذا كانتا داخلتين في النفقه بحسب العادةأو الشرط لامعنى للسؤال عنهما كما انهما اذا لم تكونا داخلتين لامعنى له ايضا فتأمــل ثم أن دخولها في النفقة غير معلوم ولذا تراهم يترددون في وجوبهما على الزوج ونحوه ممايجب عليه نفقة غيره والظاهر دخولها كالمسكن والكسوة لان الظاهر أنهم يريدون بهامايحتاج الانسان اليه غالبا (الرابع) انه لم يتضح لنا معنى قول سليمان ولم يفسر شيئاً فالخبر الذي هذا حاله سندا ومتنا وفتاوى واعراضا كيف يعارض به أصول المذهب والقواعد القطعيه هذا والظاهر منهم في المقام بل ومن علماء الاسلام كما مر عن ابن المنذر انهم متسالمون على جواز الاستئجار للانفاق في حوائجه على الاجمال وانه ينصرف عرفا الى ماهو المتعارف المقدور له واللائق بحالة من حوائج المستأجر ولعل دليلهم عموم أدلة الاجارة والروايات المشعرة بذلك أو تقول أنها دالة باطلاقها على جواز ايجاره نفسه بأن تكون جميع منافعه للمستأجر كقول أبي عبد الله عليه السلام في خبر المفضــل من أجر نفسه فقد حظر على نفسه الرزق ومثله قوله عليه السلام في رواية عمار وقول أبي جعفر عليه السلام في رواية عبد الله بن محمــد الى غير ذلك كرواية محمد بن سنان لكن كلامهم في مقامات أخر من انه لابد من العلم وتدقيقهم في اشـتراط التعيين يقضي بخلاف ذلك ألا ترى انهم لم يكتفوا بالعرف في معرفة الطعام والنفقه فيما اذا استأجره بنفقته وطعامه مالم يعين ففي (الكتاب والتذكرة) لايجوز الاستئجار بنفقته وطعامه مالم يعين وفي (التــذكرة) لو استأجر اجيرا بطعامه وكسوته فان قدرا ذلك وعلماه صح العقد وان لم يقــدراه بطل وقالوا لا يجوز السلم بارطال من الخبز لعدم جواز السلم فيه عندنا فلا تجوز الاجارة الى غير ذلك ولعل الذي دعاهم الى ذلك ان الاخبار لما دلت على جواز ايجاره نفسه ليمضي في حوائجه اكتفي في ذلك بالعرف ولا كذلك ماجعلاه جزأ فانه لابد من تعيينه قولا واحدا فيما نجد وأما ما اذا جعلــه شرطاً فكذلك على الاصح لانه مقصود كما يأتي وقال في (التذكرة) لا تضر جهالته كشرط أساسات الحيطان وعروق الشجر في البيع وليس بشيء لان العبارة لا أثر لها اذا الشرط محسوب من المبيع والاجرة وأساسات الحائط ليست مقصودة بالاصل والذات وان قصدت لاسى ما بطل البيع وقد حررنا الكلام في ذلك في باب البيع وفرقنا بين الشروط فليلحظ ذلك كله والظاهر أنه لاخلاف بين علماء الاســلام في عدم الفرق في ذلك بين الذكر والانثى حرا كان أو مملوكا وانه يحرم عليه في الانثى جميع ما كان حراما عليه قبل الاجارة وقد استثنى المصنف فيما يأتي والمحقق الثاني جواز النظر الى الامه باذن المولى وعليه استمرت طريقة الناس في هذه الاعصار لكن الشأن في الدليل اذ ليس ذلك بتمليك ولا تحليــل الا أن تقول ان الاذن في ذلك تحليــل أو هو من قبيل النظر لمن يريد الشراء فانه على الظاهر وفاقي كالاذن لمن يريد النكاح فليلحظ ذلك أيضاً ﴿ قوله ﴾ ﴿ فان تشاحا في قدره فله أقل مطعوم مثلــه وملبوسه ﴾ أي حيث تقول بوجوبهما على المستأجر ابتداء فان تشاحا في قدر الواجب اقتصر على بذل أقل مطعوم مثله وملبوسه تمسكا باصــل البراءة في عدم وجوب ما زاد

ولو قيل بوجوب العلف على المالك والنفقة على الاجير كان وجها فحينئذ ان شرطه على المستأجر لزم بشرط العلم بالقدر والوصف فان استغنى الاجير لمرض أو بطعام نفسه لم يسقط حقه ولو احتاج الى الدواء لمرض لم يلزم المستأجر ولو أحب الاجير ان يستفضل بعض طعامه منع ان كان قدر كفايته ويخشى الضعف عن العمل أو اللبن معه (متن)

وأما جنسه فيرجع فيه الى العادة في جنس المطعوم والملبوس كما في جامع المقاصد ولعله هو المراد من قوله في المسالك والروضة يكفي القيام بعادة أمثاله وقد يكون اراد انه يرجع الى العرف والعادة في القدر والجنس كما في نفقات الزوجات والمرضعات ولا يقتصر في القدر على الاقل ولعله الاولى ولا سيما اذا لم يسد الخلة فتأمل ﴿ قوله ﴾ ﴿ ولو قيل بوجوب العلف على المالك والنفقة على الاجير كان وجها ﴾ هذا ما أشرنا اليه آنفا في المسئلتين ﴿ قوله ﴾ ﴿ فحينئذ ان شرطه على المستأجر لزم بشرط العلم بالقدر والوصف ﴾ أي فحين اذ كان الوجه وجوب العلف والنفقة على المؤجر ان شرط ذلك على المستأجر لزم عملا بالشرط لكن بشرط العلم بالقدر والوصف لتنتفي الجهالة وهو الذي صرح به في جامع المقاصد والمسالك والروضة وهو الموافق لما حررنا في باب البيع(١) وقد سمعت ما في التذكرة ﴿ قوله ﴾ ﴿ فان استغنى الاجير لمرض أو بطعام نفسه لم يسقط حقه ﴾ كما في التذكرة وجامع المقاصد لانه عوض المنفعة فلا يسقط بالغنى عنه من دون عقد كما اذا كان حقه دراهم ﴿ قوله ﴾ ﴿ ولو احتاج الى الدواء لمرض لم يلزم المستأجر ﴾ كما في التذكرة وجامع المقاصد لانه لم يشترط الاطعام الاصحاء فيلزمه ما شرط له وفي (جامع المقاصد) أنه لا محل لهذا على القول بان النفقه انما تجب مع الشرط لان الواجب هو ما شرطه دون غيره قطعاً غالبا كان أو نادرا فكأنه مستدرك نعم على القول بوجوب النفقة بمقتضى العقد وان لم يشترط فذكره وجه لانه قد يتوهم كونه من جملة النفقة بالاضافة الى المريض (قلت) هو تفريع في كلام المصنف على القول بانها انما تجب مع الشرط ﴿ قوله ﴾ ﴿ ولو أحب الاجير ان يستفضل بعض طعامه منع ان كان قدر كفايته ويخشى الضعف عن العمل واللبن معه ﴾ بالباء الموحدة ومعناه أنه يخشى قلة اللبن وقد صرح بذلك كله في التذكرة وكذا جامع المقاصد لانه يحصل على المستأجر ضرر بتفويت بعض ماله من منفعته فيمنع منه كما يمنع الجمال اذا امتنع من علف الجمال أما لو دفع اليه قدر الواجب ولم يكن في تفضيله لبعضه ضرر جاز لانه حق له لا ضرر فيه على المستأجر فأشبه الدراهم ولا معنى للاعتراض على العبارة بأن الطعام اذا كان قدر كفايته كان تأخير بعضه يؤثر الضعف عن العمل فيكون قوله ويخشى الضعف مستدركا لان المراد قدر الكفاية عادة وحينئذ فقد لا يؤثر تركه بعضه ضعفا في بعض الاحوال وقد حكى الشهيد عن فخر الاسلام ان اللين بالياء المثناة من تحت بمعنى الضعف والضمير في معه يعود الى الاستفضال المفهوم من المقام فيكون عطف تفسير على الضعف فيكون المراد بالضعف اللين والفتور عن العمل لا بمعنى العجز عنه فلا يكون مستدركا كما في جامع المقاصد لان الضعف يغني عنه وقال الشهيد الموجود في التذكرة وفي كتبهم اللبن بالباء الموحدة

(١) من أن المجهول اذا كان مقصوداً بالبيع لا يصح بيعه وان ضم الى معلوم ويجوز مع الانضمام الى معلوم اذا كان تابعا غير مقصود وذلك يختلف باختلاف الاحوال والقصود (منه عفي الله عنه)

ولو اجر الولي الصبي مدة يعلم بلوغه فيها اولا لكن اتفق لزمت الاجرة الى وقت البلوغ ثم يتخرج الصبي في الفسخ والامضاء (متن)

وان في نسخة مقروءة على المصنف تحت اللبن اذا كانت موضعه قال وهذا هو الاصح معنى ونقلا أما النقل فلما ذكرناه وأما المعنى فلان اللبن لم يفد زيادة عما افاده الضعف فهما في قوة المترادفين أما اللبن فانه يفيد مسئلة زائدة (قلت) قد عرفت بالتوجيه الذي ذكرناه ان المعنى صحيح وانه أفاد زيادة الا أن تقول لا فائدة في ذكر الضعف حينئذ وأما النقل ونسبته الى كتبهم فلم نجده في غير التذكرة(١) بعد فضل التتبع في المقام وفي مسئلة استئجار الامرأة للارضاع كما ذكرناه في الحاشية وقد اعترض ذلك في جامع المقاصد بأن العبارة حينئذ لا تخلو عن تعسف لان اللبن معطوف على العمل فيصير التقدير يخشى الضعف عن العمل وعن اللبن وفيه مالا يخفى (قلت) هذا لظهوره ووضوحه على حد قوله «علفتها تبناً وماء بارداً» وقوله «وزججن الحواجب والعيونا» وليعلم ان هذا الفرع جار على الاشتراط وعدمه *﴿ فرع ﴾* ذكره في التذكرة وهو انه لو نهب منه فان كان على مائدة تخصه وقد سلمه له كان من ضمانه والا فلا

﴿قوله﴾ ﴿ ولو آجر الولي الصبي مدة يعلم بلوغه فيها أولا لكن اتفق لزمت الاجرة الى وقت البلوغ ثم يتخير الصبي في الفسخ والامضاء ﴾ يريد انه لو كان عمره عشرا وأجره عشرا فانه يبطل في الزائد بعد البلوغ بمعنى انه لايكون لازما بل يتوقف على اجازة الصبي وعدمها وهو معنى قوله ثم يتخير بناء على جواز عقد الفضولي وكذا لو اجره مدة لا يتيقن انه يبلغ قبل مضيها كما لو كان عمره عشرا واجره سنتين ثم اتفق انه بلغ بالاحتلام قبل مضي السنتين فانه يبطل ويتخير فيما بعد البلوغ لان العلم والجهل لا مدخل لهما في ثبوت الولاية وعدمها لانها انما تكون قبل الكمال فيكون نفوذ تصرف الولي مقصوراً على ذلك الزمان دون ماسواه وذلك كله خيرة المبسوط لانه هو الذي استقر عليه رأيه في آخر كلامه والتذكرة والتحرير وقواعد الشهيد والمختلف والمسالك ومجمع البرهان وتردد في الشرائع في الفسخ والتخيير فيما اذا اتفق البلوغ في المدة التي لا يتيقن فيها البلوغ لما ذكر ولانه كان وليا حين تصرف للمصلحة فلزم كما لو زوجه ثم بلغ ولان الاجارة عقد لازم بحق الولاية فلم تبطل بالبلوغ و بالعدم مطلقا جزم في الخلاف والسرائر وقواه في المبسوط في أول كلامه ثم عدل عنه قال في (الخلاف) لو أجر الولي الصبي أوشيئا من ماله صحت الاجارة بلا خلاف فان بلغ الصبي قبل انقضاء المدة كان له ما بقي ولم يكن للصبي فسخه وأبلغ من ذلك ما في الارشاد والروض من أنها تبطل بالبلوغ فانه يحتمل انها تبطل من رأس لان الزيادة تبطل فقط ولعل الوجه فيه وجود الجهالة لانه سيأتي للمصنف في الكتاب في الشرط الرابع من شروط المنفعة انه لو استأجر عبدا مدة يعلم موته قبل انقضائها ان الاجارة تبطل من أصلها للجهل بزمان الاجارة فيكون المراد من عبارة الارشاد أنه يصح للولي اجارة الصبي بحيث لا يكون زمان البلوغ بالسن داخلا في المدة فتبطل الاجارة للجهالة (وليعلم) ان الحال في الرشد كالحال في البلوغ لانه أحد الشرطين في

---

(١) فان قلت لعله أراد انهم ذكروا ذلك فيما اذا استأجر امرأة للارضاع قلت قد تتبعنا مطولات الفن ومختصراته في المسئلة على طولها في كلامهم لمكان تكثيرهم لفروعها فلم نجد أحداً تعرض له اذا أرادت ان تستفضل غير من ذكرنا نعم أشار الى ذلك في التذكرة والتحرير بقوله وعلى المرضعة أن تأكل ما يكثر به اللبن وللمستأجر مطالبتها به (منه قدس سره)

ولو مات الولي او انتقلت الولايه الى غيره لم تبطل به ولو اجر عبده ثم اعتقه في الاثناء لم تبطل الاجارة و يجب على العبد ايفاء المنافع باقي المدة والاقرب عدم رجوعه على مولاه باجرته

زوال الولاية وقوله في الكتاب لزمت الاجرة الى وقت البلوغ معناه أنها صحت الاجارة كما عبر في المبسوط والشرائع والتحرير ولزمت الاجرة ان لم يفسخ المستأجر لأنه من المعلوم ان المستأجر يتخير حينئذ بين الفسخ والامضاء بقدر نصيبه لمكان تبعض الصفقة عليه بناء على انه لا يشترط الجهل في خيار تبعض الصفقة كما ذكروه في بيع قفيز من الصبرة وكذلك الحال فيما اذا أجر ماله كما صرح به في الخلاف والمبسوط وغيرهما لان الوجه فيهما واحد وحكم المجنون بعد الافاقة مطلقا حكم الصبي ولا فرق في الولي بين كونه أبا أو جدا أو وصيا أو حاكما أو أمينه كما هو ظاهر وبه صرح الجماعة والحكم في المسئلة مبني على عدم اشتراط المميز في الحال وهو خلاف خيرته في الكتاب ولعل احتمال الارشاد مبني على ذلك ولعل ذلك كله مبني على ما اذا لم تكن اجارة الطفل او ماله بعد بلوغه لمصلحته فانها حينئذ تلزم كما قالوا في اجارة ناظر الوقف ﴿ قوله ﴾ ﴿ ولو مات الولي أو انتقلت الولاية الى غيره لم تبطل ﴾ كما في التذكرة وجامع المقاصد ومعناه انه لو مات الولي في اثناء المدة فان الاجارة لا تبطل لان تصرف الولي بمنزلة تصرف المالك لأنه نائب عنه وفعله بمنزلة فعله والولي الثاني انما تثبت ولايته فيما لم يتصرف فيه الاول وهذا العقد قد تصرف فيه الاول ولا أقل من أن يكون كالوكيل لو أجر مدة ثم عزل فان اجارته لاتنفسخ بل الوصي اقوى من الوكيل لان وصايته لا تبطل و باغماء الوصي وجنونه ثم ان الوكيل انما يتولى ما تدخله النيابة والوصي يتولى ذلك وغيره فان له أن يحرم عن غير المميز ويباشر افعال الحج عنه ولجامع المقاصد في المقام فيما اذا اجر ناظر الوقف تفصيل غريب وهو ان اجارته لا تنفسخ اذا مات وبقي البطن الاول وأنها تنفسخ بالنسبة الى البطن الثاني اذا كان موته قبل وجوده واستحقاقه وقد نبهنا عليه فيما سلف وقلنا انه مخالف لما اختاره هو وغيره هناك ﴿ قوله ﴾ ﴿ ولو اجر عبده ثم اعتقه في الاثناء لم تبطل الاجارة ﴾ كما في المبسوط والسرائر والشرائع والنافع والتذكرة والتحرير والارشاد وقواعد الشهيد وغاية المراد وجامع المقاصد والمسالك وغيرها كما ستعرف وفي (التذكرة) نسبته الى علمائنا مؤذنا بدعوى الاجماع وهو كذلك على الظاهر اذ لم نجد أحدا من أصحابنا خالف أو تأمل في ذلك الا ما حكاه صاحب ايضاح النافع بقوله وربما قيل ببطلانها فيضمنها السيد للمستأجر (قلت) وهو لبعض الشافعية لا غير وقد عرفت فيما تقدم انهم أطبقوا على عدم بطلانها بالبيع الا أن يكون قد باعها على المستأجر فان بعضهم استشكل فيه أو خالف والدليل على ذلك جميع ما تقدم هناك سوى الاخبار هذا وفي (التذكرة) ان العتق يصح وينفذ قولا واحدا ﴿ قوله ﴾ ﴿ ويجب على العبد أيضا المنافع باقي المدة ﴾ كما هو صريح جامع المقاصد والمسالك وقد نبه على ذلك في المبسوط والسرائر والشرائع والتذكرة والتحرير وهو قضية كلام الباقين لانه حق وجب عليه بعقد الاجارة فهو كالرق بالنسبة الى المنافع تلك المدة عملا بالاستصحاب ﴿ قوله ﴾ ﴿ والاقرب عدم رجوعه على مولاه باجرة ﴾ يريد ان الاقرب أن العبد لا يرجع على مولاه باجرة مثل عمله في تلك المده لان منافعه كانت مملوكة له زمن الاجارة كالرقبه وقد استحقها المستأجر قبل العتق فلا وجه لرجوعه بها على مولاه لانه انما ازال الرق عنه مسلوب المنافع تلك المده وهو خيرة المبسوط والسرائر والشرائع والتذكرة والتحرير

ونفقته بعد العتق على المستأجر ان شرطت عليه والا فعلى المعتق لانه كالباقي على ملكه حيث ملك عوض نفعه (متن)

والارشاد وقواعد الشهيد والمختلف والتنقيح وجامع المقاصد والمسالك والروض ومجمع البرهان والمفاتيح وقد قيل به أو ميل اليه في الايضاح وغاية المراد وهو قول الشافعي في الجديد والقول الآخر له في القديم وهو أنه يرجع على مولاه باجرة مثل عمله وقد ذكره جماعة احتمالا وحكاه الشيخ في المبسوط وابن ادريس قولا وظاهرهما انه لاصحابنا لكنا لم نجد به قائلا ولا مستشكلا فيه الا ما احتمله الشهيد في غاية المراد من عود الاشكال في الارشاد الى عدم الرجوع والى كون النفقة على مولاه وهو بعيد بل هو خاص بالاخير كما فهمه ولده وغيره (ووجهه) ان ازالة الرق تقتضي ملك العبد المنافع فاذا سبق نقل المولى لها فاتت عليه فيرجع على المولى بعوضها وهو اجرة المثل فكان كما لو اكرهه على عمل وقد رماه جماعة بالضعف وهو كذلك لان المكره متعد والعبد هنا لا يملك المنافع التي استقر ملك المستأجر عليها والرق انما زال عنه مسلوب المنافع تلك المدة فلا رجوع له على مولاه ولا على المستأجر ولا اكراه ولا تعد من أحد والعجب من عدم الجزم بالعدم من المصنف وجماعة بل قد يلوح من الايضاح وغاية المراد التوقف وما في الشرائع والتذكرة والتحرير والارشاد وغيرها من القطع بعدم الرجوع وهو الذي ينبغي ﴿ قوله ﴾ ﴿ ونفقته بعد العتق على المستأجر ان شرطت عليه ﴾ هذا مما لا خلاف فيه لانه يجب الوفاء بالشرط ﴿ قوله ﴾ ﴿ والا فعلى المعتق لانه كالباقي على ملكه حيث ملك عوض نفعه ﴾ هذا قربه الشهيد في حواشيه ونسبه في التحرير الى بعض الجمهور ونفى عنه البعد وجزم فيه قبل ذلك بانها على العبد واستشكل في كونها على المولى في الارشاد ولا ترجيح لولده في شرحه واختير في التذكرة والحواشي وجامع المقاصد وايضاح النافع والمسالك انها على بيت المال وقد احتمله الشهيد في غاية المراد والمقداد والمقدس الاردبيلي وغيرهم (وجه الاول) ما اشار اليه المصنف من ان المولى قد أخذ عوض منافعه وبقي العبد مسلوب المنفعة فتجب نفقته على من له منفعته فكان كأنه باق على ملكه مضافا الى الاستصحاب والعبد مشغول باداء حق المستأجر ولا سبيل الى وجوبها على المستأجر الا بالشرط لعدم ايجاب الاجارة النفقة عليه ولا شرط فانحصرت في السيد (وفيه) انه لا يلزم من كونه كالباقي على ملكه أن تثبت له جميع احكام المملوك التي من جملتها النفقة ولا استصحاب مع تغير الموضوع والحصر ممنوع لمكان بيت المال على انه قد يستفيد العبد النفقة في زمان غير زمان خدمة المستأجر اذ لا بد من أن يبقى له في غير الليل من النهار بقية يستريح فيها نظرا الى العادة فليكتسب فيها وهذا الاخير كما ترى (ووجه الثاني) ان النفقة انما وجبت لكونه ملكا وبعد العتق لا ملك فتجب على العبد لامكانها في غير زمن خدمة المستأجر كما عرفت أو نقول انه يسعى كل يوم في قدر النفقة ويصرف باقي اليوم للمستأجر ويحسب ذلك الزمان على المستأجر بمعنى انه يحسب زمان السعي للنفقة من مدة الاجارة وهذا يرجع بالاخرة الى انها على المستأجر ويبقى الاشكال فيما اذا استوعب السعي زمن الاجارة والاول من وجهي الوجه الثاني فيه من العسر والحرج ما لا يخفى على ان الاصول تنفيه ومن هذين الوجهين تعلم وجهي الاشكال والارشاد وظاهر ايضاح النافع الاجماع على انها لا تجب على المستأجر فلم يبق الا كونها في بيت المال وفي (التذكرة) انه الذي يقتضيه مذهبنا انتهى ومع عدم بيت المال والزكوة والصدقات فهي أحد الواجبات

﴿المطلب الثاني في العوض﴾ ويشترط ان يكون مال الاجارة معلوما بالمشاهدة او الوصف الرافع للجهالة ثم ان كان مكيلا أو موزونا وجب معرفة مقداره باحدهما وفي الاكتفاء بالمشاهدة نظر

الكفائية فان اندفعت الحاجة بوجود من يبيعه النفقة الى أجل هو تمام مدة الاجارة وقبل العبد فذاك والا صرفت اليه بقصد الرجوع عند الامكان كما في المحصمه هذا (وقال فخر الاسلام) في شرح الارشاد أن الاشكال انما هو مع عدم قدرة المعتق على نفقته واما مع قدرته عليها فانها لا تجب على المعتق اجماعا بل هي على المعتق (وليعلم) انه قد صرح جماعة هنا بان عقد الاجارة لا يقضي بوجوب النفقه على المستاجر وقد استوفينا له الكلام في ذلك عند شرح مسئلة ما اذا استاجر أجيراً لينفذه في حوائجه

﴿ المطلب الثاني في العوض ﴾

﴿قوله﴾ ﴿ ويشترط أن يكون مال الاجارة معلوما بالمشاهدة أو الوصف الرافع للجهاله ﴾ اشتراط كون مال الاجارة معلوما مما صرح فيه في المقنعة وسائر ما تأخر عنها الا ما قل قال في (التذكرة) لانه عوض في عقد معاوضه فوجب أن يكون معلوما كثمن المبيع ولا نعلم فيه خلافاً لان النبي صلى الله عليه وآله وسلم قال من استأجر أجيراً فليعلمه أجره والعلم يحصل بالمشاهدة والوصف الرافع للجهالة انتهى وفي (الروضة) لذا كانت الاجرة مما يكفي في بيعها المشاهدة كالعقار كفت فيها هنا وفي (الرياض) انها تكفي قولاً واحداً والوصف قسمان وصف العين المشخصة بصفاتها القائمة بها التي لا تمتاز ولا ترتفع الجهالة عنها الا بذكرها ووصف العين على وجه كلي كصفات المسلم فيه وكل منهما مزيل الجهالة كما تقدم بيان ذلك كله مع أشياء أخر في العين المستأجرة ﴿ قوله ﴾ ﴿ ثم ان كان مكيلا أو موزونا وجب معرفة مقداره باحدهما ﴾ قال في (كشف الرموز) على هذا انعقد عمل الاصحاب واستدل عليه فيه بخبر أبي الربيع الشامي عن أبي عبد الله عليه السلام قال سئل عن أرض يريد رجل ان يتقبلها فأي شيء وجه القبالة أحل قال يتقبل الارض من اربابها بشيء معلوم الى أجل معلوم وليس بتلك المكانة من وضوح الدلالة لما ستعرف عند الكلام في عبارة النهاية وقد استدل عليه في المختلف وغاية المراد والمهذب البارع والمسالك بانه ثبت من الشارع اعتبار الكيل والوزن في البيع وعدم الاكتفاء بالمشاهدة وكذا في الاجارة لاتحاد طريق المسئلتين ومنع عليهم الاتحاد وتنقيح المناط في مجمع البرهان وأما فتاوى الاصحاب فستسمعها قريبا ان شاء الله تعالى ﴿ قوله ﴾ ﴿ وفي الاكتفاء بالمشاهدة نظر ﴾ ونحوه ما في الارشاد والتحرير من الاستشكال في ذلك وما في غاية المراد والروض من عدم الترجيح ومما صرح فيه بان المشاهدة لا تكفي السرائر وكشف الرموز والتذكرة والمختلف والايضاح والمقتصر والتنقيح وجامع المقاصد وايضاح النافع والمسالك والروضة والرياض وهو قضية كلام من أوجب معرفة مقداره بأحدهما كالمحقق في النافع والشهيد في اللمعة وهو ظاهر المهذب البارع وفي (شرح الارشاد) لفخر الاسلام انه أولى وفي (التذكرة) الاقوى عندنا المنع وفي (الرياض) نسبته الى النهاية والسرائر وكافة المتأخرين وستعرف حال هذه الحكايه وأول من نسبه الى النهاية ابن ادريس وتبعه الجماعة قال في (السرائر) وقال شيخنا في نهايته بما اخترناه فانه قال الاجاره لا تنعقد الا بأجل معلوم ومال معلوم فمتى لم يذكر الاجل ولا المال كانت الاجارة باطلة وان ذكر الاجل ولم يذكر مال الاجارة لم تنعقد الاجارة ومتى ذكراهما (ذكرهما خ ل) كانت الاجارة صحيحة انتهى كلامهما والظاهر انه استند

في دعوى موافقته له الى قوله ومال معلوم لكنه قد ذكر بعده مافرعه عليه وذلك كالتفسير له وكان الاولى أن ينسبه أيضا الى المفيد وسلار فان في المقنعة والمراسم لاتنعقد الا بأجل معلوم بشيء معلوم ولم يردفاه بتفريع النهاية على انه قديقال ان المراد بالمعلوم في الكتب الثلاثة ما أراده به في التنبيه قال ومن شرائط الصحة أن يكون المعقود عليه من الجانبين معلوما فلو قال أجرتك احدى هاتين الدارين أو بمثل مايؤجر به فلان داره لم تصح(واعترض في الرياض) على الاكتفاء بالمشاهدة بأنه في التنبية ادعى الاجماع على اشتراط المعلومية قال أي في الرياض والمتبادر منها مالم يكن فيه غرر وجهالة بالكلية وقد عرفت ما أراد في التنبية بالمعلوميـة وكيف كان فقد عرفت حجتهم على ذلك آنفا وفي (المختلف) الاجماع على ان الجهالة مبطلة للاجارة وقال أنها متحققة هنا اذ قد عهد في عرف الشرع ان المكيل والموزون انما تصح المعاوضة عليهما بعد علمها بالكيل والوزن ولم يكتف الشارع بالمشاهدة بالبيع ولاعلة لذلك سوى الجهالة وهي مانعة في الاجارة هذا وقال الشيخ في المبسوط اذا باع شيئا بثمن جزاف جاز اذا كان معلوما مشاهـداً وان لم يعلم وزنه الى أن قال ومال الاجارة يصلح أن يكون جزافا وفي الناس من قال لايجوز والاول أصح وهوظاهر جامع الشرائع واستحسنه في الشرائع واختاره في مجمع البرهان وفي (الكفاية) لعله أقرب وفي (حواشي الشهيد) ان به رواية حسنة وكأنه يلوح من الفخر الميل اليه وحكاه جماعة عن المرتضى كالمحقق الثاني والشهيد الثاني والخراساني وصاحب الرياض والاصل في ذلك قوله في السرائر الاظهر من المذهب بلاخلاف فيه الا من السيد المرتضى في الناصريات ان البيع اذا كان الثمن جزافا بطل وكأنهم لحظوا أنه يعلم منه جواز ذلك في الاجارة بالاولوية وحجتهم على ذلك اصالة الصحة وانتفاء معظم الغرر وما في الحواشي من أن به رواية حسنة ان ثبت كان هذا القول قويا جدا لكني تتبعت الوافي في مظانه فلم أظفر بها ولو كانت ماعدل القوم عنها ولطفحت عباراتهم بها واستدل عليه في (مجمع البرهان) بالاصل وعموم أدلة الاجارة ولعله اراد بالاصل أصل عدم اشتراط ما زاد على المشاهـدة لكنه أيضا هو معنى العموم كاصالة الصحة ولادليل الا الغرر المنفي في البيع ولو صح كان دليلا في البيع فقط الا أن يعلم ان السبب هو الغرر فقط من حيث هو وانه الموجب للفساد وانه موجود فيما نحن فيه ولكن أنى لنا باثبات ذلك كله فان المراد بالغرر المنفي غير واضح وكذا عليته فقط ووجوده فيما نحن فيه لانانعلم انتفاءه في مشاهـدة غير المكيل والموزون اتفاقا فالظاهر انه يكفي العلم بالمشاهدة في المكيل والموزون والمعدود والمذروع بالطريق الاولى(ونحن نقول) لاشبهة ولاخلاف بين علماء الاسلام في اشتراط عدم الجهالة والغرر في العقود اللازمـة كما ان الخـبر الوارد في النهي عن بيع الغرر معمول به متلقى بالقبول والشيخ انما يدعي ارتفاع معظمهما بالمشاهدة في البيع والاجارة وهذه الدعوى يشهد الوجدان بعدمها ولا سيما عند التلف (١) وفسخ العقد على ان الجهالة والغرر منهي عنهما على وجـه العموم بحيث يشمل

(١) لان معنى الغرر لغة الخطر فمعنى النهي عن بيع الغرر النهي عما يوجب النزاع والاختـلاف والخطر والضرر ولا ريب انه عند تلف الصبرة المشاهـدة يحصل ذلك على ان النهي في الخبر ومعقد الاجماع شامل لجميع أفراد الغرر والجهالة حتى النادر منهما لان قوله نهى رسول الله صلى الله عليه وآله وسـلم عن بيع الغرر انه قال لاتبع غررا أو في غرر أو بيع غرر وهو نكرة في سياق النهي فيفيد العموم فيجب الاجتناب عن الجميع الا ماخرج بالدليل ولعل ذلك لا يعـد غرراً وجهالة كما بيناه في باب البيع

وكلما جاز أن يكون ثمناً جاز أن يكون عوضاً عينا كان أو منفعة ماثلت أو خالفت ولو استأجر داراً بعمارتها لم يصح للجهالة (متن)

الاجارة والافراد النادرة سلمنا لكن صحة الاجارة عند ارتفاع معظم الغرر في محل النظر لانه حينئذ يحتمل وجود الجهالة والغرر وعدمه بمعنى أنه يتسامح بذلك عرفا وان لا يتسامح وبهذا الشك يحصل الشك في تحقق شرط الصحة فيشك حينئذ في صحة الاجارة الا أن تقول ان الشرط عنده ارتفاع معظم الغرر والعمومات مخصصة بالاجماع على اشتراط المعلومية فلا يتجه التمسك باصل الصحة ولا باصل عدم اشتراط .ا زاد وكذلك الحال في المعدود والمذروع لان الحال فيهما كالمكيل والموزون (١) ﴿ قوله ﴾ ﴿ وكلما جاز أن يكون ثمنا جاز أن يكون عوضا عينا كان أومنفعة ماثلت أو خالفت ﴾ كما في التذكرة والتحرير وجامع المقاصد قال في (التذكرة) لما بينهما من التناسب حتى ظننا أنهما واحد والمنفعة المماثلة كمنفعة عبد بمنفعة عبد آخر ومنفعة دار بمنفعة أخرى والمخالفة كمنفعة عبد بمنفعة دار وعن أبي حنيفة المنع اذا لم يختلف جنس المنفعة لان الجنس واحد فيحرم فيه النساء عنده وهذه نسيئة في جنس فيلزم فيه الربا ومعناه انه اذا أجره عبده سنة مثلا بمنفعة عبد أي بأن يخيط له عبده هذا الثوب كانت نسيئة في جنس واحد وهذا المثال يوافق ماأراد وهو غلط من وجوه (الاول) ان الربوا في الاعيان لافي المنافع باجماعنا كما في جامع المقاصد وظاهر التذكرة فلو اجره دارا بمنفعة دارين اوحليا ذهباً بذهب فلا ربا ولا يشترط القبض في المجلس (الثاني) ان المنافع كلها جنس واحد فلا معنى للتفرق (الثالث) ان تقدير المدة في الاجارة انما هو لتقدير المنفعة وليس بتأجيل فلا نسيئة ولو كانت تأجيلا لم تجز في جنسين مختلفين لانه يكون كبيع الدين بالدين بل هو عنده وعند الشافعي واحد بيع دين بدين (الرابع) انا نمنع النسيئة فيهما من وجه آخر وهو ان كلا منهما يملك في الحال جميع المنفعة في المدة لكن استيفاؤها يتعذر دفعة ولا تقول كما يقول انه لا يملك المنفعة بالعقد لانها معدومة بل يملكها شيئا فشيئا فلا يملك المؤجر الاجرة لكنه له المطالبة بها كل يوم لانا نرده بأن المنافع في حكم الموجودات ولهذا صح ايراد العقد عليها وجاز ان تكون الاجرة دينا والا لكان ذلك في معنى بيع الدين بالدين ونرد قوله ان الاجرة لا تملك في الحال لانها عوض المنافع وهي معدومة بما اذا شرط تعجيل الاجرة اذ الشرط لايجعل المعدوم موجوداً ﴿ قوله ﴾ ﴿ ولو استأجر داراً بعمارتها لم يصح للجهالة ﴾ كما في التذكرة وجامع المقاصد وهو قضية كلام التحرير قال فيه ولو استأجر داراً بعمارتها جاز مع التعيين اذ قضيته عدمه مع الجهل كما ان قضية كلام الكتاب ماهو صريح التحرير من صحة الاجارة مع العلم بالعمارة واستحسنه في جامع المقاصد ان لم يكن من قصدهما ان المعمور داخل في الاجارة ولعله لان المعقود عليه العين ليستوفى منها المنفعة المعدومة الملحقة بالموجودات لمكان وجود العين فاذا كانت العين

والمناط منقح والطريق واحد والمنقح له العقل والاجماع ولا يضره ندرة المخالف والخبر معمول عليه متلقى بالقبول وفي أخبارنا ما يشهد له (منه قدس سره) (١) هذا وقد يستدل للمبسوط بان الاجارة مبنية على الغرر ولذلك قال الاصم أنها غير جائزة لما فيها من الغرر كما تقدم في أول الكتاب واذا كانت مبنية على الغرر حملت منه ما لا يحمله غيرها (منه قدس سره)

وكذا لو استأجر السلاخ بالجلد وكذا الراعي باللبن والصوف المتجدد او النسل او الطحان بالنخالة اما بصاع من الدقيق أو المرضعة بجزء من المرتضع الرقيق فالاقرب الجواز وكذا لو استأجر الحاصد بجزء من الزرع (متن)

غير موجودة فلا وجود للمنفعة حسا ولا تقديراً فتأمل وحكى في الحواشي عن المختلف أنه قال لو قيل بالجواز وان كانت العمارة مجهولة كان وجها ولم نجد ذلك في نسختين من المختلف وفي (التحرير) انه يجوز ان يستأجرها بدراهم و يشترط صرفها العمارة وفي (التذكرة) ان الاقوى الجواز لو آجره الدار بدراهم معلومة على أن يصرفها العمارة ولعل وجه غير الاقوى ان العمارة والصرف اليها والعمل في صرفها مجهولات والفرق بين العبارتين اختلاف المشترط وذلك غير فارق حكما ومنع في التذكرة والتحرير أيضا من استئجار الدابة بعلفها وفي التذكرة الارض بخراجها ومؤنتها كما يأتي مثله ﴿ قوله ﴾ (وكذا لو استأجر السلاخ بالجلد) أي الذي سلخه لأنه مجهول رقة وغلظة ولا يعلم خروجه سليما أو معيباً وهو خيرة التحرير والتذكرة وجامع المقاصد وفي (المبسوط) اذا استأجره ليسلخ له مذكى على أن يكون له جلده فانه يجوز لأنه لامانع منه وفي ظاهر الخلاف الاجماع عليه وفي (الحواشي) انه قوي وفي (التحرير) أن فيه نظراً وفي (الخلاف والمبسوط) انه لو استأجره لنقل الميتة على أن يكون له جلدها لم يجز بلا خلاف (قلت) ويثبت له اجرة المثل وقضية كلام المبسوط انه لو استأجره لنقلها بعوض صحيح أنه يصح لانه عمل مقصود سائغ تدعو الحاجة اليه للسلامة من التأذي بها واستظهره في جامع المقاصد ولعل الجزم أولى كما صنع غيره ﴿ قوله ﴾ (وكذا الراعي باللبن والصوف المتجدد أو النسل) كما في التحرير وجامع المقاصد مع ترك الوصف بالمتجدد في الاول ولعل الاولى تأخيره عن النسل في العبارة واحترز به عن الموجود لأنه اذا كان اللبن معلوماً جازت والصوف على ظهر الغنم يجري عندهم مجرى المعلوم ﴿ قوله ﴾ (أو الطحان بالنخالة) كما في التذكرة وجامع المقاصد للجهل بقدرها لانها تختلف قلة وكثرة باختلاف الطحن جودة ورداءة وجوز ذلك في التحرير ولعله لانه لا بد من ضبط الطحن فتنضبط النخالة ﴿ قوله ﴾ (اما بصاع من الدقيق أو المرضعة بجزء من المرتضع الرقيق فالاقرب الجواز وكذا لو استأجر الحاصد بجزء من الزرع) المراد بالجزء ما كان معينا كالسدس أو العشر وقد جزم في التحرير بالجواز في الثلاثة اذا كان شرط أنه يستحق الصاع والجزء من المرتضع والزرع في الحال وقال في (المبسوط) ان الاصح الصحة في مسئلة الصاع و به جزم في السرائر ولم يتعرض فيهما (فيما خل) لغيرها ولا ترجيح في التذكرة والايضاح وفي (جامع المقاصد) ان المسئلة محل بحث واشكال وفي (الحواشي) ان الاولى الجواز فلا يلزم أن يأخذ أجرة عن ملكه والبحث يجيء من وجوه (الاول) ان المشروط في عمل الاجير أن يقع في ملك المستأجر خاصة وعمله في الامثلة وقع لهما معا (الثاني) انه يستلزم كون العوضين لواحد لان الاجرة تثبت للاجير في مقابلة العمل و بعض العمل حق له لانه يملك بعض الحنطة التي يراد طحنها و بعض الرقيق الذي يراد ارضاعه بالعقد فيكون طحن حقه من الحنطة وارضاع حقه من الرقيق حقا له فيجتمع له العوضان (الثالث) ان الاجارة تقتضي وجوب العمل على الاجير ولا يجب على الانسان العمل في ملكه و بعض المستأجر عليه ملك له فلا تكون الاجارة فيه صحيحة فتبطل في الباقي لاختلال العوض وتثبت اجرة المثل (الرابع) ما ذكره الشهيد من لزوم الدور لانه يلزم من الزيادة النقيصة و بالعكس لان الجزء

ولو قال ان خطته اليوم فلك درهمان وان خطته غدا فدرهم احتمل اجرة المثل والمسمى (متن)

من المرتضع انما جعله للمرضعة في مقابلة رضاع المملوك باجمعه وقد ملكت الجزء فينبغي أن ينقص اجرة المتخلف لنقصان الجملة فينتقص الجزء فتزيد الجملة انتهى فتأمل والنسخة لا تخلو عن غلط (الخامس) ما قاله في الايضاح من أن صحة الاجارة تستلزم استلزام الشيء لنقيضه لان لزوم الاجارة بتمامها يستلزم لزوم الملك المستلزم لعدم وجوب العمل عليه فيما يخصه وذلك مستلزم لعدم لزوم ملك المؤجر المستلزم لعدم لزوم الاجارة بتمامها واللازم باطل فكذا الملزوم (واحتج الشافعية) على البطلان بأن النبي صلى الله عليه وآله وسلم نهى عن قفيز الطحان وفسروه باستئجار الطحان على طحن الحنطة بقفيز من دقيقها ووجه القرب وجود المقتضي وهو العقد وانتفاء المانع للاصل وان أحد الشريكين لو ساقى صاحبه وشرط له زيادة في الثمار جاز وان كان عمله يقع في المشترك فليتأمل في هذا ولعلهم يجيبون عن الوجوه الثلاثة المتقدمة بأنه انما وجب عليه العمل في ماله من باب المقدمة وعن الاخيرين بانه لما استاجره بالعشر مثلا وملك العشر كان كأنه استاجره على طحن تسعة أعشار الحنطة مثلا ولما لم يميزه وجب عليه من باب المقدمه طحنه واستوضحه فيما اذا ميزه لكن شيئا منها لا يتم في العبد على أن المفروض في كلامهم ان العقد انما وقع على الجملة بملك جزء منها فالابطال عندهم أهون من التزام هذا التحليل ومخالفة القواعد بايجاب شيء لم يجب هذا والمقدمة انما تجب لتحصيل ما وجب عليك على ان ذلك غير تام في العبد فليتأمل هذا ولو كان استئجارها بجزء من الرقيق بعد الفطام واستئجار قاطن (قاطع «ظ») الثمار بجزء منها بعد الصرام أو استأجر النساج لينسج ثوبا بنصفه أو الطحان والحصاد بجزء بعد الطحن والحصد فقد جزم في التحرير بالجواز وفي السرائر بالعدم وتأمل فيه صاحب جامع المقاصد ولم يرجح في التذكرة ووجه الجواز ماقد عرفت آنفا ووجه العدم انه قد أجل الاجرة بأجل مجهول والاعيان لا تؤجل بالاجال المعلومة فكيف بالمجهولة وان الاجرة غير مقدور عليها في الحال لأنها غير حاصلة في الحال على الهيئة المشروطة وانما تحصل بعمل الاجير من بعد فهي اذا غير مقدورة وان العوض لابد ان يدخل في ملك الاجير في زمن ملك المستأجر المنفعة ليتحقق المعاوضة وهذه الوجوه قد تقضي بأنه استأجره بجزء من الرقيق مثلا وأنه لا يستحقه ولا يملك منه شيئا الا بعد الفطام وهو بديهي البطلان فلا وجه للجواز ولا للتأمل فيه وان كان المراد انه يملك عليه الآن جزءا منه بعد الفطام ولا يملك قبل الفطام وقبل الحصاد وقبل الطحن شيئا من العبد والزرع والحنطة فهذا أيضا بديهي البطلان لما ذكر من الوجوه الثلاثة وان كان قد يتوهم بادئ بدء الجواز وأنه لا مانع منه اذ لا يتجه الا بالقول باستلزام ذلك أنه يملك من الحنطة الآن شيئا مثلا فيرجع الى الفرض الذي هو عنوان المسئلة ﴿قوله﴾ ﴿ ولو قال ان خطته اليوم فلك درهمان وان خطته غدا فدرهم احتمل أجرة المثل والمسمى ﴾ وكذا لا ترجيح في التذكرة في أول كلام وغاية المراد والمفاتيح واحتمال لزوم أجرة المثل والبطلان خيرة السرائر والمختلف والايضاح وشرح الارشاد لولده والحواشي وجامع المقاصد والمسالك والروضة ومال اليه أو قال به في التحرير قد يلوح الاجماع من شرح الارشاد للفخر لان المستاجر عليه واحد غير معين وذلك غرر مبطل للاجارة كالبيع بثمنين نقدا أو نسيئة أو الى أجلين ولا ضمان كما توهمه في مجمع البرهان لان ما لا يضمن بصحيحه لا يضمن بفاسده واحتمال المسمى وصحة العقد بطرفيه خيرة الخلاف والشرائع بعد أن تردد فيها

والتذكرة في آخر كلامه في المسألة المنصوصة والتنقيح ومجمع البرهان والكفاية وكذا اللمعة وفي (التحرير) أنه لا يخلو من قوة وفي (الارشاد) يصح العقد على اشكال وقد استندوا في الصحة الى أن كلا الفعلين معلوم واجرته معلومة والواقع لا يخلو عنهما وان الاصل الجواز وانه من قبيل الواجب المخير وان الاجارة تحمل من الغرر مالا يحمله البيع كما طفحت به عباراتهم واستدل عليه في الخلاف بقولهم عليهم السلام المؤمنون عند شروطهم وقال ان في أخبارنا ما يجري مثل هذه المسألة بعينها منصوصة وهي أن يستأجر منه دابة على أن يوافي به يوما بعينه على أجرة معينة فان لم يواف به ذلك كان اجرتها أقل من ذلك وهذا جائز وهذه مثلها بعينها سواء (ورده في المختلف) بالفرق بين صورة النزاع وصورة النقل لان في صورة النقل أوجب عليه أن يوافي في يوم بعينه وشرط ان لم يفعل أن ينقص من اجرته شيئا وفي صورة النزاع لم يوجب عليه شيئاً معينا فتطرقت الجهالة اليه بخلاف الاول (وفيه) ان هذا الفرق ان تم لايجدي على انه غير تام لان قوله ان خطته غدا فلك نصف درهم في معنى ان لم تخطه اليوم ينقص من أجرتك نصفها غاية الامر انه غير مصرح به لكنه متبادر معلوم فيكون قد أوجب عليه في صورة النزاع أن يخيطه في هذا اليوم وشرط ان لم يفعل أن ينقص من أجرته شيئا وكذلك الشأن في الرومي ذي الدرزين والفارسي ذي الدرز الواحد وابن ادريس ما أنكر ذلك عليه بل رد قوله في أخبارنا يجري مثل هذه المسألة بعينها بانه قياس لو كانت المسألة المنصوصة مجمعاً عليها فكيف وذلك خبر من أخبار الآحاد واستوضح ذلك في تعبيرهم عن الصورة المنصوصة قالوا ولو استأجره ليحمل له متاعا الى مكان في وقت معين باجرة معينة فان لم يفعل نقص من أجرته وقد فرع المحقق والمقداد وغيرهما هذا المثال وما بعده على الصورة المنصوصة وحكى في التذكرة كلام الخلاف ساكتا وفي (غاية المراد) أنهما متوافقان في طريق الحكم واستدل في مجمع البرهان على ما نحن فيه بصحيحة أبي حمزة عن أبي جعفر عليه السلام قال سألته عن الرجل يكتري الدابة فيقول اكتريتها منك الى مكان كذا وكذا فان جاوزته فكذا وكذا وزيادة وسمى ذلك قال لابأس به كله قال والدلالة واضحة وقال وقريب منها رواية منصور بن يونس وهو ثقة عند (جش) قلت وهما من أدلة القوم على المسألة المنصوصة كما ستسمع فلايكون بينهما فرق (وقد يستدل عليه) بقوله عز وجل « اني اريد أن أنكحك احدى ابنتيّ هاتين على أن تأجرني ثماني حجج فان أتممت عشراً فمن عندك » كما جاءت الاخبار في تفسيرها ويرشد اليه جواب موسى عليه السلام ذلك بيني و بينك ايما الاجلين قضيت فلا عدوان عليّ أي لا تعتد عليّ بطلب الزيادة وفي (الخبر) أنه قضى أوفاهما وأبطاهما وأبعدهما عشر سنين فليتأمل جيداً وقال في (المبسوط) تصح فيهما فان خاطه في اليوم الاول كان له الدرهمان وان خاطه في الغد كان له اجرة المثل وهي مابين الدرهمين والدرهم لاتنقص عن الدرهم الذي سمى ولا تبلغ الدرهمين وهو قول أبي حنيفة وقد وجهه أبو حنيفة بأن ذلك يجري مجرى العقدين لان خياطة الثاني غير خياطة الاول ولو اقتصر على الاول كان جائزاً وفساد الثاني لا يفسده واحتج على فساد الثاني بأنه موجب العقد الاول لان موجبه ان يجب في الثاني اجرة المثل وقد منعوا عليه تعدد العقد (قلت) لا أدري أيهما أضعف القول أم دليله أما ضعف القول فلان العقد ان صح لزم المسمى وان بطل فله اجرة المثل ويكون وجود المسمى كعدمه وأما الدليل فهو كما ترى ولعل الشيخ يستند الى انه مثل قوله اجرتك كل شهر بدرهم كما يأتي وقال في (السرائر) لو قلنا هذه جعالة كان قويا وقد وافقه عليه المصنف في التذكرة والشهيدان في الحواشي وغاية المراد

وكذا ان خطه روميا فدرهمان وفارسيا فدرهم ولو استأجر لحمل متاع الى مكان في وقت معلوم فان قصر عنه نقص من اجرته شيئا معينا صح (متن)

والمسالك والمحقق الثاني والكاشاني (ورده في المختلف) بأن الجعالة يشترط فيها تعين الجعل أيضا (وفيه) أن الجعالة مناطها الجهالة في العمل والجعل الذي لا يمنع تسليمه فيصح من ردعبدي من موضع كذا فله درهم ومن موضع كذا فله درهمان بل الاولى في رده أن يقال ان كان ذلك بصيغة الاجارة فلا معنى لاحتمال الجعالة وان كان بدون صيغة صح جعالة وصح معاطاة في الاجارة من غير أشكال في شيء لكن ظاهر كلامهم فرض المسئلة فيما اذا كان ذلك بالصيغة ﴿ قوله ﴾ ﴿ وكذا ان خطه روميا فدرهمان وفارسيا فدرهم ﴾ يعرف هذا مما قبله لان من قال بالبطلان في السابق قال به هنا ومن قال بالصحة هناك قال بها هنا ومن تأمل تأمل لكنه في المبسوط جزم هنا بالصحة قال انه صحيح لامانع منه وجزم ايضا هنا بالصحة في الشرائع والكفاية من دون سبق تردد وصرح بها في اللمعة وفي (التحرير) انه صحيح على أشكال وأبو حنيفة وافق فيه أصحابه وقال بصحة الاجارة على التقديرين وعدل عن تفصيله السابق ولم يتضح لنا الوجه في فرق المبسوط والشرائع والتحرير والكفاية بين المثالين لانهما كما عرفت من واد واحد وليس أحد منهما أقرب الى المنصوص من الآخر وقد تشعر عبارة الكتاب أيضاً بأن بينهما فرقا ولعلهم يستندون في الفرق الى أنه مثل قوله اجرتك كل شهر بدرهم لكن القائل بالصحة فيما عدا الشهر الاول انما هو ابن الجنيد والشيخ في ظاهر المبسوط واما فرق أبي حنيفة فله وجه على أصله لانه يقول هنا أنه عقد عقدين وخيره فيهما والمعقود عليه في الاجارة لايملك عنده بالعقد وانما يملك بتمام العمل كما تقدم بيانه واذا عمله تعين فلا يؤدي أنه ملكه غير معين كما لو قال بعتك أحد هذين العبدين ولا كذلك المثال الاول لان موجب العقد الاول فساد الثاني ووجوب اجرة المثل كما تقدم بيانه ﴿ قوله ﴾ ﴿ ولو استأجره لحمل متاع الى مكان في وقت معلوم فان قصر عنه نقص من اجرته شيئا معينا صح ﴾ كما هو خيرة أبي علي فيما حكي والنهاية والخلاف والشرائع والنافع والتذكرة والتحرير والارشاد واللمعة والحواشي والمهذب البارع والتنقيح وايضاح النافع ومجمع البرهان والكفاية والمفاتيح وهو المحكي عن القاضي وهو الذي عليه الفتوى كما في ايضاح النافع والمشهور كما فيه أيضا والمهذب البارع ومجمع البرهان وغاية المرام فيما حكي عنها والرياض ومذهب الاكثر كما في جامع المقاصد والمسالك والروضة ومجمع البرهان أيضا والاشهر كما في الكفاية وقد استدل عليه جماعة بالاصل وعموم أدلة جواز الاجارة وعمومات جواز الشرط ولا وجه للاستدلال بالاصل مع عمومات الاجارة لانهما بمعنى ولا ينبغي أن يستدل هنا بغيره من الاصول بل الاصل في ذلك مارواه المشائخ الثلاثة ففي (الكافي) محمد عن * (التهذيب) أحمد عن محمد بن اسماعيل عن * (الفقيه) بزرج عن محمد الحلبي (١) قال كنت قاعدا عند قاض من قضاة المدينة وعنده ابو جعفر عليه السلام جالس

(١) السند في (الكافي) هكذا محمد بن يحيى عن محمد بن احمد عن محمد بن اسماعيل عن منصور بن يونس عن محمد الحلبي (وفي التهذيب) هكذا احمد بن محمد عن محمد بن اسماعيل الخ (وفي الفقيه) وروى منصور بن يونس عن محمد الحلبي . ومنصور بن يونس هو بزرج كما صرح به في مشيخة الفقيه وسيصرح به الشارح قريبا (محسن)

فأتاه رجلان فقال احدهما اني تكاريت ابل هذا الرجل ليحمل لي متاعا الى بعض المعادن واشترطت عليه ان يدخلني المعدن يوم كذا وكذا لانها سوق واتخوف ان يفوتني فان احتبست عن ذلك حططت من الكرى لكل يوم احتبسه كذا وكذا وانه حبسني عن ذلك اليوم كذا وكذا فقال القاضي هذا شرط فاسد وفه كراه فلما قام الرجل أقبل الي ابوجعفر عليه السلام وقال شرط هذا جائز مالم يحط بجميع كراه وهي صريحة في المطلوب وقد وصفت بالصحة في التذكرة وجامع المقاصد ولعله لانه لم يثبت عندهما وقف برزج الذي هو منصور بن يونس لان النجاشي قال انه ثقة ولم يرمه بالوقف فيكون اماميا عنده وانه من مشائخ محمد ابن اسماعيل بن بزيع وبه تبين هنا وقد اكثر ابن ابي عمير من الرواية عنه ووصفه في كمال الدين بصاحب الصادق عليه السلام سلمنا انه موثق فمع انه في نفسه حجة قد انجبر بالشهرات واعتضد بما يظهر من صحيح ابي حمزة وقد سمعته آنفا وهذه في طريقها محمد بن مسلم وبما يظهر من ايضاح النافع من الاجماع وبالعمومين وبما ورد في تفسير قوله تعالى اني اريد ان انكحك الآية وان ذلك كله مما يخرج به عن القواعد والاصول وابعد شيء واوهنه حملها على الجعالة كما صنع جماعة اما البعد فظاهر واما الوهن فلما مر آنفا مع انه حينئذ لا معنى لقوله عليه السلام مالم يحط بجميع كراه اذ قضيته ان هذا الشرط لا يصح في الجعالة وليس كذلك وقد روى المشائخ الثلاثة في الصحيح عن محمد بن مسلم خبرا ليس من المسئلة في شيء قال سمعت ابا جعفر عليه السلام يقول اني كنت عند قاض من قضاة المدينة فأتاه رجلان فقال أحدهما اني اكتريت من هذا دابة ليبلغني عليها من كذا وكذا فلم يبلغني الموضع فقال القاضي لصاحب الدابة بلغته الى الموضع قال لا قد اعيت دابتي فلم تبلغ فقال القاضي ليس لك كري ان لم تبلغه الى الموضع الذي اكترى دابتك اليه قال فدعوتهما الي فقلت للذي اكترى ليس لك يا عبد الله ان تذهب بكرى دابة الرجل كله وقلت للآخر يا عبد الله ليس لك أن تاخذ كرى دابتك كله ولكن انظر قدر ما بقي من الموضع وقدر ما ركبته فاصطلحا عليه وهذا برواية الفقيه لانه كان فيه اتم واوضح وكان فيه في الآخرين زيادة ونقصان وهو خبر واحد وقد جعله في الكفاية خبرين صحيحين واحتمال انه أراد باحدهما صحيح ابي حمزة لان كان رواه عنه محمد بن مسلم بعيد لمخالفته الاصطلاح (ومن الغريب) ان في التنقيح وجامع المقاصد والمسالك وكذا الروضه أن مستنده خبرا محمد والحلبي وقد ذكرا مما في ادلة المسئلة في التذكرة والمختلف والمهذب البارع واغرب من ذلك انهم استدلوا به على تمام المسئلة وهو عدم الصحة وثبوت اجرة المثل فيما اذا احاط الشرط بجميع الاجرة ومع ذلك تركوا صحيحة أبي حمزة هذا وفي (التذكرة والتحرير) ان الاقرب تعميم الحكم والتعدي فيه الى غير هذه الصورة مما يناسبها حتى في البطلان فيما اذا احاط الشرط وأول من خالف في المسئلة ابن ادريس في السرائر فابطل الشرط وصحح العقد وأوجب الاجرة بتمامها على التقديرين وهو متجه على اصليه من انه خبر احاد وقد ظن انه شرط خارج لا يستلزم التخيير ولا يصير جزأ من المعقود عليه وعنده أن بطلان الشرط لا يستلزم بطلان العقد وهو مذهب جماعة للاصل والعمومات وخبر عائشة كما تقدم بيانه وبيان بطلانه في محله وهو ممن يطالب بالفرق بين هذه وبين مسئلة الخياطة اليوم وغدا حيث انهما من واد واحد وتنحل احدهما الى الاخرى وقد سلم ذلك الشيخ على الظاهر من كلامه وقد أبطل مسئلة الخياطة بالغرر حيث انها تنحل الى التخيير فلم تكن الاجارة معينة وهنا استند الى ظاهر لفظ الشرط مع انه في مسئلة الخياطة سلم ان الثاني شرط (ورده) بانه

ولو أحاط الشرط بجميع الاجرة لم تصح وتثبت له أجرة المثل (متن)

شرط يفضي الى الغرر فكلامه غير متناسق وقد أغرب حيث قال انه لم يذكره أحد الا الشيخ في النهاية مع انه قد ذكره في الخلاف في أثناء مسئلة الخياطة لافي مسئلة على حدة وذكره أبو علي والقاضي ثم لم يذكره في المقنعة والانتصار والمقنع والمراسم والمبسوط والكافي وفقه الراوندي والوسيلة والتنبة وأبطلهما معا في ما نحن فيه المصنف في المختلف وولده في شرح الارشاد والمحقق الثاني في تعليقه على الارشاد وجامع المقاصد والشهيد الثاني في كتابيه لان المستأجر عليه واحد غير معين وذلك غرر كالبيع بثمنين على تقديرين وهو جيد لولا ما تقدم من ورود النص الصحيح أو الموثق المعتضد بما عرفت مع عدم قبوله للتأويل والتنزيل على الجعالة على ان المشبه به ليس وفاقيا بل الخلاف فيه واقع وان الاجارة تحمل من الجهالة ما لا يحمله البيع ﴿ قوله ﴾ ﴿ ولو احاط الشرط بجميع الاجرة لم تصح وتثبت له أجرة المثل ﴾ كما صرح به في النهاية وجميع ما ذكر معها وقد حكيت عليه الشهرة المتقدمة على اختلاف عباراتها وما في ايضاح النافع من ان عليه الفتوى محكي عليه أيضا والنص صريح فيه بل لعله مما تسالم عليه الخصوم وفي (مجمع البرهان) لعله مما لا خلاف فيه وفي (الرياض) لاخلاف فيه الا من أبي علي فأوجب المصالحة ومن الشهيد في اللمعة فنفى الاجرة بالكلية (قلت) انما جزم بنفيها بالكلية في حواشي الكتاب ولم يجزم به في اللمعة وانما قال فيه نظر وكأنه مال اليه في المسالك وقد حكاه في الكفاية عن المسالك وكأنه لم يلحظ اللمعة كأنه في الروضة لم يلحظ الحواشي والا لما قال فيما لم يذكره المصنف في غير هذا الكتاب (وكيف كان) فالشهيد يقول بصحة الاجارة على تقدير اشتراط سقوط الاجرة مع الاخلال بالمعين بان يكون التعرض لهذا الشرط بيانا لنقيض الاجارة مؤكداً لصحتها مفصحاً بمقتضاها لانه اذا لم يذكر هذا الشرط واقتصر على القسم الاول كانت الاجارة صحيحة واقتضت عدم استحقاقه شيئا لو تخلف عنه فاذا ذكر هذا الشرط فقد صرح بمقتضاها فلا ينافيها ولا يجر الى فسادها فيكون مورد الاجارة هو القسم الاول وهو الفعل في الزمن المعين والشرط خارج عن موردها لا ان موردها كلا القسمين فحينئذ يثبت المسمى ان جاء به في المعين ولا شيء له في غيره للاخلال بمقتضاها (وفيه) ان ظاهر الرواية وكلام الاصحاب ان مورد الاجارة كلا القسمين ولذلك حكم هو والجماعة بصحتها مع ذكر الاجرة فيهما وثبوتها وان قلت جدا في القسم الثاني لوجود المقتضي وهو الاجارة المعينة المشتملة على الاجرة المعينة وان تعددت واختلفت قلة وكثرة وحكموا ببطلانها على تقدير اشتراط عدم الاجرة في القسم الثاني قال في (الروضة) وتبعه شيخنا صاحب الرياض ولو فرض كون مورد الاجارة هو القسم الاول خاصة لكان الحكم بالبطلان على تقدير فرض أجرة مع قلته في غيره أولى لانه خلاف قضية الاجارة وخلاف ما تعلقت به فكان أولى بثبوت أجرة المثل (وفيه) ان الشهيد يقول انه اذا ذكرت الاجرة في القسم الثاني ايضا كان موردها كلا القسمين لوجود المقتضي كما عرفت ولا يكون هذا خلاف قضية الاجارة بعد ذكر في عقدها ولا يحتمل ان يكون موردها القسم الاول الا اذا لم يذكر الاجرة في الثاني (١)

---

(١) فذكرها فيهما قرينة على أنهما موردها وتركها في الثاني قرينة على أن موردها الاول كما يأتي في كلامهما ثم أن قولهما ان ذلك خلاف قضية الاجارة لا معنى له أصلا لانه انما يكون خلاف قضيتها لو لم يذكر أصلا وأما مع ذكره يكون حاله حال بقية الشروط فالشرط في عقد البيع ان لم يذكر يكون ادخاله خلاف قضيته عقد البيع وان ذكر دخل (منه قدس سره)

ولو أجره كل شهر بدرهم ولم يعين (متن)

فالفرض حينئذ والاولويه ممنوعان وقد استشعرا ذلك بقولها وجعل القسمين متعلقا على تقدير ذكر الاجرة والاول خاصه على تقدير عدمه مع كونه خلاف الظاهر موجب لاختلاف الفرض بغير دليل (قلت) قد عرفت أن ظاهر الرواية ان مورد الاجارة كلا القسمين على كلا التقديرين فا فرضه في الروضة وما ذكره الشهيد خلاف ظاهر الرواية موجب لاختلاف الفرض وقال في (الروضة) ويمكن الفرق أي بين ذكر الاجارة في القسمين وعدم ذكرها في القسم الثاني بكون تعيين الاجرة على التقديرين قرينة جعلهما مورد الاجارة حيث أتى بلازمها وهو الاجرة فيهما واسقاطها في التقدير الآخر قرينة عدم جعله موردا للاجارة من حيث نفي اللازم بمعنى الاجره الدال على نفي الملزوم بمعنى الاجارة فتنزيله على شرط قضية العقد اولى من جعله أجنبيا مفسدا للعقد بتخلله بين الايجاب والقبول انتهى (قلت) قد عرفت أنه خلاف الظاهر من الرواية وكلام الاصحاب والمفروض أنه استأجره بعقد فقال له اجرتك دابتي لاحمل لك متاعك الى موضع كذا بعشرة دراهم ان بلغتك اياه يوم الخميس وان بلغتك يوم الجمعة فلا أجرة لي فبعد دخوله في عقد الاجارة كيف يكون ترك الاجرة قرينة على عدم جعله موردا للاجارة فالفساد عندهم انما نشاء من أنه يلزم منه ان يكون استأجره على أن يعمل له عملا ذا اجره بلا اجره باشتراط عدم الاجرة في عقد الاجارة ولا التفات منهم الى التخلل المذكور اما لانه لايخل عرفا او لان النظر الى ماهو اهم واقوى منه وان له أهلية ذلك ﴿ قوله ﴾ ﴿ ولو اجره كل شهر بدرهم ولم يعين ﴾ أي فالاقرب البطلان والمفروض في صريح المقنعه والسرائر ومجمع البرهان انه في المثال لم يذكر أول مدة الاجارة ولا آخرها وهو قضية اطلاق النهاية والشرائع والكتاب والارشاد والتحرير وغيرها والمفروض في صريح عبارة المبسوط والغنية والمختلف في آخر كلامه والايضاح وشرح الارشاد لفخر الاسلام وغاية المراد وجامع المقاصد والمسالك انه عين أول المدة اما لاتصالها باللفظ اولتغير ذلك ولم يعين آخرها وجمع في التذكرة بين الامرين فقال لو قال أجرتك هذه الدار كل شهر بدرهم و طلق وقال من الآن بطل قضية البطلان في المختلف الى ابن ادريس مع فرضه في المختلف المسئلة فيما اذا عين المبدء في غير محلها لانه انما يقول به فيما اذا لم يعين الاول والآخر كما عرفت وقال بعده فاما ان قال أجرتك الدار من هذا الوقت شهراً بكذا وما زاد بحسابه فانه يلزمه المسمى ومازاد فاجرة المثل انتهى وهو في معنى اجرتك كل شيء بكذا من الآن وما اوردناه على المختلف وارد على كل من نسج على منواله كالشهيد في غاية المراد والمحقق الثاني وغيرهما ومثل ذلك واغرب منه ما في المختلف والايضاح وغاية المراد من قولهم احتج الشيخان بان التقدير أجرتك هذا الشهر بدرهم وكذا كل شهر بعده دائما وان الشهر الاول معين مع انه قال في (المقنعة) ومتى استأجر مسكناً أو غيره كل شهر بدينار سماه ولم يذكر أول مدة الاجارة وآخرها كان عليه أجرة شهر منذ قبض وتسلم ماقرره من الاجرة وليس عليه فيما سكن بعد الشهر أ كثر من اجرة المثل وفي (النهاية) اطلق واختار خيرة المقنعة فكيف يصح انهما يقولان أجرتك هذا الشهر الى آخره وان صح ذلك في عبارة النهاية فما كان ليصح في عبارة المقنعة اذ لعله يقول فيها اذا كان المبدء معلوما يصح في الجميع كما هو ظاهر الخلاف وصريح الغنية وأبي علي ثم ان لفظ كل في كلاميهما يقتضي التعدد فكيف ينزل على شهر (وقد يقال) انه اذا لم

ينزل كلام المقنعة على ذلك كان خالياً عن التحصيل وقد يكون نظرهم جميعا الى صدر الصحيحة والوجه في التنزيل ان الاطلاق ينزل على الاتصال يأتي لنا بيان ذلك في أول الشرط السادس ويأتي للاصحاب في تعيين المنفعة بالزمان وفي الاجير المشترك انه يصح ان يستأجره للخياطة يوما من الايام وشهراً من الشهور وكذلك الدابة ولم يلتزموا تنزيل ذلك على الاتصال كما يأتي محرراً وعلى هذا فلا حاجة الى تنزيل عبارة من أطلق لكنا ننزل كلامهم فيما يأتي على الفرق بين ايجار الدار وايجار الانسان والدابة ونحن نحكي ما تحصل عندنا في المقام (فنقول) ان ظاهر الكتاب والتحرير والارشاد انه لم يعين مجموع المدة اما بأن يكون عين المبدأ فقط أو لم يعين شيئا كما هو صريح التذكرة وقد اختارفي الاربعةالبطلان كما فهمه الشهيد وغيره من عبارة الارشاد وهو خيرة المختلف والايضاح وشرح الارشاد لفخر الاسلام وجامع المقاصد والمسالك وان عين المبدأ ولكن لابد من صرف عبارة الكتاب عن ظاهرها وحملها على ما اذا لم يعين شيئا وان حملت على اطلاقها لم يبق فرق بينها في أحد فرديها وبين المسئلة الثالثة وهي ما اذا أجره الدار بدرهم فان زاد فبحسابه (وكيف كان) فحجتهم ان ذلك مقتض للجهالة المقتضية للغرر ولا يلزم من مقابلة جزء معلوم من المدة بجزء معلوم من العوض كون العوضين معلومين وقد سمعت كلام ابن ادريس وتفصيله لكن يرد عليه انه سيأتي له انه اذا أجره الدار شهرا واطلق يعني لم يقل من هذا الوقت ان العقد صحيح وانه ينزل الاطلاق على الاتصال وهذا ينافي تفصيله هنا وقد سمعت كلام المقنعة وخيرتها وتنزيل عبارتها وسمعت اطلاق النهاية وموافقتها لها وفي (الشرائع) اطلق كالنهاية واختار خيرتها وهو يوافق ما يأتي له في الشرط السادس من ان الاطلاق ينزل على الاتصال وقد لايحتاج الى التنزيل المذكور كما اشرنا اليه واختار في المبسوط خيرة النهاية اذا كان المبدء معلوماً وفي (الخلاف والغنية) اذا قال أجرتك هذه الدار كل شهر بكذا كانت الاجارة صحيحة قال في (الغنية) والمنع يحتاج الى دليل وان لم يعين آخر المدة لان الاصل الجواز ولاحاجة بنا الى تنزيل ما في الخلاف على ما في النهاية وعن أبي علي انه قال لابأس أن يستأجر الدار كل شهر بكذا وكل يوم بكذا ولا يذكر نهاية الاجارة ومعناه ان ذلك اذا ذكر مبدء الاجارة وعليه يمكن تنزيل عبارة الخلاف ويدعى انه قضية عبارة المقنعة كما تقدم ويمكن أن تنزل عبارة النهاية والشرائع على ما اذا لم يعين شيئاً ويكونان قائلين انه اذا عين المبدء صح في الجميع وهو بعيد جدا بل يكون خاليا عن التحصيل الا أن ينزل على ما يأتي لهم في تقدير المنفعة بالزمان ويرد على الخلاف والمبسوط انه سيأتي فيهما انه لوقال أجرتك شهرا واطلق ولم يقل من الآن انه يبطل للجهالة وقضيته ان الاطلاق لاينزل على الاتصال وكلامه في الكتابين هنا بل والنهاية على كل تقدير منزل على ان الاطلاق ينزل على الاتصال ويستدل على ذلك بصحيحة أبي حمزة لان الظاهر انه الثمالي عن أبي جعفر عليه السلام قال سألته عن الرجل يكتري الدابة فيقول اكتريتها منك الى مكان كذا وكذا فان جاوزته فلك كذا وكذا وسمى ذلك فقال لا بأس به كله الى غير ذلك من الادلة على مسئلة الخياطة في اليوم والغد ومسئلة الدرز والدرزين ومسئلة حمل المتاع الى مكان معين لان الجميع من واد واحد والظاهر ان المتقدمين ومن والاهم غفلوا عن الصحيحة والا لذكر مضمونها في المقنع والمقنعة والنهاية أو استدل بها أحد منهم على بعض هذه المسائل مع انها وهن من سنخ واحد لمن أجاد النظر ونحن لانمنع على الفقيه أن يقول انها مختلفات موضوعا وحكما بل قد يقال ان نظر الشيخين في المقنعة والنهاية الى صدر الصحيحة هو الذي فهمه منهما المصنف في

أو استأجره لنقل الصبرة المجهولة وان كانت مشاهدة كل قفيز بدرهم أو استأجر مدة شهر بدرهم فان زاد فبحسابه فالاقرب البطلان الا الاخير فان الزائد باطل (متن)

المختلف وولده والشهيد فانهم قالوا ان الشهر الاول معين فتنتفي الغرابة حينئذ عن كلامهم وعلى تقدير كون الجميع من سنخ واحد لا يقدح في ذلك قلة القائل بذلك في مسئلتنا مع كثرته في تلك المسائل وذلك خيرة مجمع البرهان وقد نفى عنه البعد في الكفاية وقد سمعت ما في التذكرة والتحرير في مسئلة حمل المتاع من ان الاقرب التعدي الى غيرها مما يناسبها (وعساك تقول) فرق بين مورد الصحيحة وبين استئجار الدار كل شهر بدرهم فانه لا يعلم متى تنتهي الاجارة ومتى يصح فسخها (لانا نقول) يستحق الاجرة لكل شهر بالدخول فيه فاذا انقضى الشهر الاول جاز له الفسخ ما لم يدخل في الثاني فانه اذا دخل فيه لا يستحق الفسخ الا بعد تمامه كما في التنبية فكان الحال في ذلك كالحال فيما اذا وصل مكتري الدابة الى المكان المعين فانه يلزمه أجرته وله الرجوع وعدم التجاوز فاذا دخل فيما زاد عليه لزمه أجرته فتأمل جيدا ولا ترجيح لاحد من الاقوال في غاية المراد والمفاتيح ولا نجد دليلا صالحا لما هو صريح المقنعة ﴿ قوله ﴾ ﴿ أو استأجره لنقل الصبرة المجهولة وان كانت مشاهدة كل قفيز بدرهم ﴾ أي فالاقرب البطلان كما في الايضاح وجامع المقاصد لمكان الجهالة والمشاهدة لا تنفي الجهالة والغرر وقال في (المبسوط) اذا قال استأجرتك لحمل هذه الصبرة لتحمل عشرة أقفزة كل قفيز بدرهم وما زاد فبحسابه فانه جائز ويصير كأنه قال استأجرتك لتحمل هذه الصبرة كل قفيز بدرهم ومثل ذلك جائز في البيع وهو اذا قال اشتريت منك هذه الصبرة كل قفيز بدرهم أو بعتكها كذلك ويفارق اذا قال أجرتك هذه الدار كل شهر بدرهم عند من قال لا يجوز لان جملة المدة مجهولة المقدار وليس كذلك هنا لان الجملة معلومة بالمشاهدة انتهى (١) ﴿ قوله ﴾ ﴿ أو استأجر مدة شهر بدرهم فان زاد فبحسابه فالاقرب البطلان الا الاخير فان الزائد باطل ﴾ يعني اذا قال له أجرتك الدار شهرا مثلا من الآن فان زدت عن الشهر فبحسابه فان الاقرب عند المصنف صحة الاجارة في الشهر وبطلانها في الزيادة ولزم فيها أجرة المثل وهو خيرة السرائر والتذكرة أما الصحة في الشهر فلان كلا من العوضين وهو الشهر والدرهم معلوم وأما البطلان في الزيادة فلاشتمالها على الجهالة والتعليق واختير البطلان في الامرين معا في الايضاح وجامع المقاصد لان فساد الشرط يستلزم فساد العقد كما تحرر في محله ولان العوضين هما ما اقتضاهما مجموع العقد والشرط من جملته وقال في (التذكرة) اذا لم يبين الشهر الاول بالاتصال بطل في الجميع وقد عرفت ان ذلك صريح السرائر واطلاق العبارة ان حمل على تعيين الشهر الاول بالاتصال ونحوه كانت هذه عين الاولى كما نبه عليه الشهيد في غاية المراد لانه يرجع بالآخرة الى قوله اجرتك من الآن كل شهر بدرهم وان لم يحمل على تعيين الاول كانت كعبارة المقنعة ويبقى الكلام في كلام التذكرة ايضا فانه قال في المسئلة الاولى ان اطلق او عين المبدء صح وهنا فصل فلا تكون من سنخ واحد عنده ولعله لمكان التعليق في هذه دون تلك وبه يفرق بينهما وأنت تعلم ان الظاهر ان التعليق بالمعنى المضر غير مراد هنا فتأمل ثم عد الى العبارة فان

(١) المشهور بطلان بيع الصبرة كذلك سواء كانت معلومة المقدار أو مجهولة نعم الصحة كذلك مختاره في المبسوط والخلاف (منه قدس سره)

ويملك المؤجر الاجرة بنفس العقد فان شرط الاجل لزم ويشترط فيه العلم سواء تعدد أو اتحد وسواء كانت معينة أو مطلقة ويجب تسليمها مع شرط التعجيل (متن)

قول المصنف الا الاخير فان مقتضاه صحة الا خير ومن المعلوم أن مراده صحة ماعدا الشرط فكان حقه أن يقول الا الاخير فالشهر صحيح والزائد باطل والامر سهل ﴿ قوله ﴾ ﴿ ويملك المؤجر الاجرة بنفس العقد ﴾ باجماع الفرقة واخبارهم كما في الخلاف والاجماع ظاهر التنيه والتذكرة ولا أجد فيه خلافا منا بعد التتبع من المقنعه الى الرياض وانما وجدنا الخلاف من ابي حنيفه ومالك وغيرهما قالوا لايملكها بنفس العقد وانما يملكها شيئا فشيئا لانها في مقابلة المنفعة وهى معدومه فناس على أن له المطالبة لحظة فلحظه وآخرون أن له المطالبه يوما فيوما مع أنهم قالوا لو شرط التعجيل ملكها في الحال ومن المعلوم ان الشرط لايصير المعدوم في حكم الموجود ولكنا لم نجد الاخبار الصريحه في ذلك وانما يستناد من مطاويها والقواعد تقضي به لان صحة المعامله تقضي بانتقال كل من العوضين الى الآخر وفائدة هذا الملك مع عدم وجوب تسليمها الا بعد العمل أو تسليم العين كما يأتي تبعية النماء وهو ملك متزلزل لايستقر الا بعد أن يستوفي المستأجر المنافع كما يأتي ﴿ قوله ﴾ ﴿ فان شرط الاجل لزم ﴾ اجماعا كما في التنية والتذكرة وبلاخلاف كما في المبسوط وقال في موضع آخر من التذكرة لانعلم فيه خلافا وفي آخر قال عند علمائنا وفي (الرياض) انه لاخلاف فيه وهو كذلك والاصل في ذلك عموم الخبر وانما خالف الشافعى فيما اذا وردت على عين موصوفه في الذمة فانه منع من كون الاجرة حينئذ مؤجله لان الاجارة عنده سلم في المعنى فيجب قبض الاجرة كما يجب في السلم وفي ظاهر التذكرة الاجماع على عدم انعقادها سلما ولااجارة لو استاجر بلفظ السلم كأن قال اسلمت اليك هذا الدينار في دابة تحملني الى موضع كذاهذا واذا حل الاجل وقد تغير النقد فالاعتبار بنقد يوم العقد واما في الجعاله فوجهان ولعل اعتبار يوم الجعل أولى ﴿ قوله ﴾ ﴿ ويشترط العلم سواء تعدد أو اتحد وسواء كانت معينة أو مطلقة ﴾ هذا كله أيضا مما لا خلاف فيه وبعضه ظاهر التذكرة الاجماع عليه ولاحاجة بنا الى حكاية العبارات فيه ومعناه أنه اذا شرط المستأجر تأجيل الاجرة لعمل كانت أو لعين الى أجل بحيث لا يطالب به قبله اشترط كون الاجل معلوما مصونا عن احتمال الزيادة والنقصان كثيره من الآجال سواء تعدد الاجل بان يجعلها نجوما فيقسطها ويجعل لكل أجل قسطاً أو اتحد الاجل كشهر مثلا وسواء كانت الاجارة معينة أو واردة على عين معينة شخصية أو مطلقة واردة على عين في الذمة هي أمر كلي وظاهر جامع المقاصد والمسالك والرياض الاجماع على ذلك كله ولا تخالف الا الشافعي كما عرفت والاصل في ذلك عموم الخبر ﴿ قوله ﴾ ﴿ ويجب تسليمها مع شرط التعجيل ﴾ كما في المبسوط والمهذب والسرائر والشرائع والنافع والتحرير وفي (التذكرة) لا نعلم في ذلك خلافا (قلت) ولا تقييد في شيء من هذه باشتراط تسليم العين أو تسليم العمل وتمامه بل في السرائر وغيرها انه يلزمه ذلك في الحال وقد يظهر من السرائر الاجماع عليه حيث قال وفيه خلاف من المخالفين ونحوه مافي المبسوط وقد يكون هذا القيد مراد في كلامهم لانه قد قيد في جامع المقاصد والمسالك عبارة الكتاب والشرائع بما اذا سلم العين ونحوه ما في التنقيح وفي (المبسوط والمسالك) ان فائدة الشرط مجرد التأكيد والا فاطلاق العقد يقتضيه نعم لو شرط التعجيل بمدة مضبوطة فاخل به تسلط المؤجر على الفسخ انتهى ولعل المراد

اواطلاق (متن)

باشتراط التعجيل في الكتاب والمبسوط وماوافقهما اشتراط القبض قبل العمل والتسليم وهذا موضع وفاق علا بسوم الخبر لكن الشهيدين وجماعة ممن تأخر عنهما لم يفهموا منه ذلك في باب البيع ويرشد الى انهم لم يريدوا هنا ذلك أنهم جعلوه أي اشتراط التعجيل واطلاق العقد من سنخ واحد وجعلوا حكمهما واحدا الا أن يلتزموا ذلك أيضا عند اطلاق العقد ويأتي الكلام فيه (وكيف كان) يجب العمل بالشرط على ما علم أنه أراده المتعاقدان ﴿ قوله ﴾ ﴿ أو اطلاق ﴾ أي يجب تسليمها مع الاطلاق كما في المبسوط وجميع ما ذكر معه آنفا مع زيادة التصريح بذلك هنا في المقنعة والمراسم والكافي والنهاية والوسيلة بل قال في الاخيرين ان للمؤجر أن يطالب بها في الحال وظاهر السرائر الاجماع عليه وقد سمعت عبارتها وقال في (الخلاف) اذا اطلق عقد الاجارة ولم يشترط تعجيل الاجرة ولا تأجيلها فانه يلزمه الاجرة عاجلا وقال مالك انما يلزمه أن يسلم اليه الاجرة شيئا فشيئا (دليلنا) اجماع الفرقة وأخبارهم ولكن قد قال في التذكرة وان اطلق كانت معجلة واستحق استيفاؤها اذا سلم العين الى المستأجر عند علمائنا وفي (الرياض) انه لا خلاف فيه وقال في موضع آخر من المبسوط انما يستحق الاجرة اذا سلم العين ومثلها وأوضح منها عبارة المقنعة وبذلك قيد عبارة الكتاب في جامع المقاصد وقال في (المسالك) في بيان التعجيل مع الاطلاق في عبارة الشرائع أنه في أول أوقات وجوب دفعها وهو تمام العمل وتسليم العين المؤجرة انتهى ولا يخفى أنه ان تم اجماع الخلاف والسرائر وما يظهر منهما ومما ذكر معهما كانوا مطبقين على وجوب تقديم الاجرة وان تم اجماع التذكرة ونزلنا بقية العبارات عليه وقلنا ان ذلك منهم في مقابلة العامة القائلين بانها لا تلزمه عاجلا كانوا مطبقين على وجوب تقديم تسليم العين (ونحن نقول) لم لا يكون أنه يجوز لكل منهما منع الآخر عن تسليم ما في يده حتى يتسلم حقه فيجبران معا كما قالوه في المتبائعين من انهما يجبران على التسليم معا اذا كان كل منهما باذلا ما عنده ولم يخالف هنا الا الشيخ وأبو المكارم والقاضي هذا في ما اذا وقعت الاجارة على عين واما اذا وقعت على عمل فكلامهم لملحق محله وهو انه لا يجب عليه تسليم الاجرة الا بعد اكمال العمل لكن في بعض افراده كما اذا كانت الاجارة على صلوة أو زيارة أو حج أو نحو ذلك وفي الاخبار ما يدل على ذلك الا أن تجري عادة على تسليم الاجرة قبل كما يأتي لان اكمال مثل هذا العمل تسليم قبل تسليم الاجرة فتأمل جيداً فانه دقيق واما اذا كانت على خياطة ثوبه ونحوه فقد نقول ان لكل منهما أن يمتنع فللخياط بعد اكمال الخياطة أن يمتنع من من تسليم الثوب كما في المتبائعين ونحوه ما قربه المصنف وهذا الذي ذكرنا أنه يفهم من عبارة المتأخرين وجملة من عبارات المتقدمين وهو أنه يجب تسليم العين قبل تسليم الاجرة هو الذي فهمه المتأخرون عنهم كالمولى الاردبيلي والخراساني وشيخنا في الرياض وقد أطال في بيانه والاستدلال عليه وهو الموافق للاعتبار والمتبادر من كلامهم من عدة مواضع من العبارات ومن جمعهم بين العين والعمل وجعلهما من سنخ واحد عدا اللمعة فانه قال فيها يجب تسليمها بتسليم العين وان كانت على عمل فبعده فانها كادت تكون ظاهرة في الاقتران في العين كالعوضين في البيع وانه لافرق بين الاجارة الواقعة على العين والبيع في ذلك ويمكن تنزيل عبارات المتقدمين والمتأخرين عليه بأدنى ملاحظة ولا يلتفت الى ما في الرياض وغيره (وكيف كان) فالامر في المسئلة لايخلو عن شك واشتباه فليلحظ جيداً

وان وقعت الاجارة على عمل ملك العامل الاجرة بالعقد ايضاً لكن لايجب تسليمها الا بعد العمل وهل يشترط تسليمه الاقرب ذلك (متن)

﴿قوله﴾ (وان وقعت على عمل ملك العامل الاجرة بالعقد) هذا مما لا أشكال ولا نزاع فيه وقد تقدم الكلام فيه ﴿قوله﴾ (لكن لا يجب تسليمها الا بعد العمل) كأنه مما لا خلاف فيه كما في مجمع البرهان وفي موضع آخر منه انه اجماع (اجماعي خ ل) وهو كذلك لان كتب الاصحاب بين مصرح فيه بذلك كالكتاب والتنقيح وجامع المقاصد والروضة والمسالك و بين ماهو قضية ذلك الجارية مجرى التصريح كما ستعرف ولعل الفرق بينه و بين العين ان الواجب على المؤجر في الثاني انما هو تسليمها وقد حصل وليس عليه أن ينتفع بها باستعمالها وامضاء الزمان لانهما غير مقدورين له ولا كذلك العمل فانه مقدور له فليعمل ثم يأخذ حقه فتامل ولعلهم يستندون الى الاصل مع مافي بعض الاخبار من الاشعار بذلك ففي (الصحيح) في الجمال والاجير قال لايجف عرقه حتى تعطيه اجرته ونحوه غيره مع احتمال الضرر على المستاجر بتعجيل الدفع لاحتمال عدم امكان استيفاء المنفعة بالموت ونحوه الا أن تكون عادة تقضي بالتعجيل كما قيد بذلك جماعة من المتأخرين فيجب كاشتراطه لاقدامهما حينئذ على الضرر وفي (الحواشي) أن المنقول وجوب تسليم الاجرة في الحج وان لم يعط الاجرة وتعذر الحج الا بها كان له الفسخ وماعدا الحج يجوز حبس الاجرة الى بعد العمل انتهى وقد حكى في مجمع البرهان قولا بأنه لا يجوز للوصي تسليم الاجرة للاجير في العبادات الا مع اذن الموصي صريحا أو فحوى الا أن يكون العمل موقوفا عليه كالحج فلو امتنع كان للاجير فسخه بل هو ينفسخ بنفسه ﴿قوله﴾ (وهل يشترط تسليمه الاقرب ذلك) كما في التذكرة والايضاح والتنقيح وجامع المقاصد والمسالك وحكى في الايضاح والتنقيح وجامع المقاصد عن المبسوط ولعلهم انما لحظوا ماحكيناه عنه آنفا والموجود من كلامه في المسئلة ما ستسمعه (وليعلم) أنه قد فرض موضع النزاع في المسئلة في التنقيح وجامع المقاصد في وجوب تسليم الاجرة و به فسر العبارة في جامع المقاصد قال هل يشترط تسليم ذلك العمل الى المستأجر في وجوب تسليم الاجرة الاقرب ذلك واستدل عليه بانه معاوضة فيجب التقابض وفرع عليه أنه يجوز للعامل الحبس وأنت خبير بانه غير متجه لا باعتبار الدليل ولا التفريع ولا بالنسبة الى غير الاقرب (أما الاول) فلان معناه انه يجب على الخياط مثلا اذا تم العمل أن يدفعه الى المالك اذا طلبه ولا يجب على المالك دفع الاجرة قبل أن يتسلم الثوب (وحاصله) أنه يجب دفع الثوب أولا عند الطلب وكونه معاوضة يقضي بأنهما يتقابضان ولايجب على أحدهما التسليم قبل الآخر فلا معنى للاستدلال بأنها معاوضة (وأما الثاني) أعني التفريع فلان ذلك يقضي بأنه لايجوز له حبسه (وأما الثالث) فالمتبادر أن غير الاقرب أنه يجب على المالك دفع الاجرة اذا تم العمل ولا يتوقف على تسليمه وقضيته المعاوضة انه يتقابضان على انه لم يقل أحـد هنا قبل مولانا الاردبيلي في ظاهره بوجوب دفع الاجرة قبل أن يقبضه الثوب بل يتقابضان أو يجب تسليم الثوب قبل وقد فرضت المسئلة ومحل النزاع في المسالك ومجمع البرهان والرياض في انه هل يتوقف استحقاق العامل المطالبة بالاجرة وجوازها له على تسليم الثوب أم يجوز له المطالبة بالاجرة اذا تم العمل وان لم يسلمه الثوب بل يتطالبان و يتقابضان اذا تم العمل ولا تلازم بين الفرضين لانه يجوز لكل واحد منهما المطالبة ولا يجب عليه التسليم الا بالتسلم (والحاصل) ان الفرق واضح جدا وستسمع دليل هذا

الفرض وما يتفرع عليه فالمقداد والمحقق الثاني لم يتعرضا للفرض الثاني فنسبة الخلاف اليهما أو الوفاق في غير محلها كما في الرياض كما ان ما استدل على ماوجحه كذلك لانه استدل على استحقاق المطالبة بادلة وجوب التسليم وأوهن منه ما استدل به في المسالك لذلك (وكيف كان) فدليل القول بتوقف استحقاق المطالبة على التسليم أنه معاوضة فلا يستحق تسليم العوض أعني الاجرة والمطالبة بها الا بتسليم المعوض وهو كما ترى غير وجيه على انا لم نجد القائل به وفي (السرائر والشرائع والارشاد والروض ومجمع البرهان) أنه لايشترط في استحقاق الاجرة والمطالبة بها تسليم العمل لانه ملك الاجرة بالعقد فيستحق المطالبة بها ولا مانع الا اكمال العمل لمكان الاجماع وظهور الاخبار على انه لايجب تسليم العوض الا بعد اكماله وقد حصل والاصل عدم مانع غيره مضافاً الى الاطلاق الصحيح المتقدم وغيره السالم عما يصلح للمعارضة اذ لادليل على الكلية التي ذكرت في دليلهم بل الدليل على خلافها كتابا وسنة خرج منها ماقبل العمل بالاجماع و بقي الباقي و يأتي في الفصل الرابع في الضمان تمام الكلام في ذلك مسبنا وهذا الذي استدللنا به هو الدليل لهذا القول لا مااستدل به له في السرائر والشرائع والايضاح من أنه ملكها بالعقد فيجب تسليمها له ولا ما في جامع المقاصد والمسالك من انه اذا عمل قائما يعمل في ملك المستاجر أو مايجري مجراه فيكون ذلك كافيا عن التسليم ولعله لضعف هذين الدليلين خالف ممن تاخر عن المحقق (وحاصل) هذا القول أنهما يجبران على ذلك ولكل منهما الحبس وهو كذلك لأنها معاوضه وفائدة القول الاول على الفرض الاول أنه يجبر العامل على التسليم وليس له حبسه ولو حبسه كان غاصبا ولو تلف كان ضامنا ولا اجرة له وعلى الثاني لايضمنه لكنه لا اجرة له لان العمل تلف قبل القبض و يحتمل أنه يضمنه كما قيل في العبد المغصوب اذا أبق ثم رده الغاصب فانه قد قيل بانه له حبسه وأنه يضمنه وان كان حينئذ غير غاصب وستسمع تحقيق الحال وقال في (المبسوط) في أثناء كلام له في مسئلة التلف ان كان العمل في ملك الصانع لا يستحق الاجرة حتى يسلم وان كان في ملك المستاجر استحق الاجرة بنفس العمل وفي (جامع المقاصد) أنه ليس بشيء لانه لايتحقق التسليم الا ان يصير في يد المستأجر ولا ترجيح في التحرير والحواشي هذا والاصل في هذا النزاع كلام المبسوط الذي سمعته وهو قوله ان كان العمل في ملك الصانع لايستحق الاجرة حتى يسلم الى آخره فابن ادريس أخذ الاستحقاق على ظاهره فرده بقوله و يستحق الاجير الاجرة في الحال ولا يقف على الاعمال والفراغ بل باطلاق العقد يستحق الاجرة على المستاجر ونحوه ما في الشرائع حيث قال و يستحق الاجير الاجرة بنفس العقد سواء كان في ملكه أم ملك المستاجر ومنهم من فرق ولا يتوقف تسليم أحدهما على الآخر انتهى وهو منهما عجيب مع قوله في المبسوط في أول الباب أنه يلزم العقد و يستحق المؤجر الاجرة على المستاجر و يستحق المستاجر المنفعة على المؤجر بل لو لحظا تمام كلامه في مسئلتنا لعلما أنه غير مراد به ظاهره لكن المحقق أردفه بما قاله أخيرا أعني قوله لا يتوقف الى آخره فمعناه أنه ان أراد التسليم فلا نسلمه والمصنف في كتبه الاربعة وولده صرفا كلام الشيخ عن ظاهره وجعلا معنى قوله لا يستحق الاجرة حتى يسلم انه لايجب على المستأجر دفع الاجرة حتى يسلمه الخياط الثوب ووافقهما على ذلك المقداد والكركي وهذا له معنيان (الاول) وهو المتبادر منه انه يجب على الخياط أولا دفع الثوب اذا طلبه المالك ثم يجب عليه دفع الاجرة (والثاني) أنهما يتقابضان بمعنى أن أحدهما لا يستحق على الآخر التسليم حتى يسلم وهذا هو المراد بقرينة الاستدلال عليه بانها معاوضه وقرينة تفريع الشهيد عليه جواز الحبس

فان استوفى المستأجر المنافع استقر الأجر فان سلمت العين التي وقعت الاجارة عليها ومضت المدة وهي مقبوضة استقر الأجر وان لم ينتفع (متن)

وسقوط الاجرة لأنهما والتفريع لاتتأتى الا على تقدير التقابض ويشهد لما قلناه من أن المتبادر الاول قول الشهيد وان اباه ظاهر كلامه و بقرينة رد المحقق في الشرائع ثم جاء الشهيد الثاني فوجد كلام المحقق ان يستحق الاجرة بنفس العقد سواء كان في ملكه املا فقال قد تقدم للمصنف أن الاجير يملك الاجرة بنفس العقد فالمراد باستحقاقها هنا استحقاق المطالبه بها بعد العمل وكأنه لم يلحظ كلام الشيخ ولا المصنف ولا المحقق الكركي ولهذا ما نسب الفرق الى الشيخ ولا نسب الى احد موافقة المحقق وتبعه على ذلك من تاخر عنه (فان قلت) الامر سهل فانه اذا استحق المطالبه استحق التسليم و بالعكس (قلت) يستحق المطالبه بان يقول له سلمني حتى اسلمك ولا يستحق بالتسليم فافترقا كما بيناه هــذا وقال الشهيد في الحواشي ان قول المصنف الاقرب ذلك مبني على أن الصفة تلحق بالاعيان وقد تقدم ذكره في الفلس بناء على ان المنافع تعد أموالا ولهذا يصح جعلها عوضا ومعوضا وكما ان المبيع يحبس حتى يتقابضا معا و يسقط الثمن بتلفه قبل قبضه فكذلك المنفــعه وتظهر الفائدة في جواز حبس الثوب وفي سقوط الاجرة بتلفة فعلى ماقربه المصنف له حبسه وان اباه ظاهر كلامه ولو تلف سقطت الاجرة على قوله رحمه الله تعالى انتهى واعترضه في (جامع المقاصد) بانه لاحاجة الى البناء الذي ذكره لان المعاوضة على المنافع أمر متفق عليـه ولابد في العوضين من التقابض كالبيع وأما عد المنافع أموالا فالذي يقتضي عـدمه فيها هو أنه لاوجود لهـا وأنما امر (١) موجود بالشأن والصلاحية ثم قوله ان ظاهر كلام المصنف يأبى ذلك غير جيد لان قوله الاقرب صريح في ذلك وليس مقابل الاقرب بمناف له لان غرضه الرد على الشيخ فمقابل الاقرب قول الشيخ فما ذكره غير واضح انتهى ملخصاً في بعضه (قلت) الاعتراض الاول لعله في محله ولا كذلك الثاني فانك قد عرفت الحال فيه بما لا مزيد عليـه ﴿ قوله ﴾ ﴿ فان استوفى المستأجر المنافع استقر الاجر ﴾ لأنه حينئذ يتحقق وصول العوض اليه فيستقر ملك المؤجر على عوض الاجارة سواء كانت الاجارة واردة على عين لاجل منافعها كدار أو دابة أو على عمل يباشره الاجير بنفسه أو بغيره فان كان خدمة ونحوها كان كنافع الدابة وان كان في شيء كان لستيفاء باتمامه فقط أو به و بتسليمه على ماتقدم ﴿ قوله ﴾ ﴿ فان سلمت العين التي وقعت الاجارة عليها ومضت المدة وهي مقبوضة استقر الاجر وان لم ينتفع ﴾ ومثله ما في التـذكرة والكفاية وقد عرفت فيهما المدة باللام ومعناه ان المؤجر اذا سلم العين المؤجرة كالدار مثلا الى المستأجر ومضت المدة المعينة بالزمان لاستيفاء المنفعة المعينة به أي الزمان فيها وهي مقبوضة استقر الاجر وان لم يسكنها فيوافق مافي المبسوط والمهذب والسرائر وجامع المقاصـد لأنها قد ذكر فيها كلها اجارة الدار والمدة معرفة بل مافي المقنعة بل والنهاية والمراسم والمفهوم من مفهوم عبارة الوسيلة وما رواه في المقنع وستسمعه ان شاء الله تعالى قال في (المقنعة) واذا سلم صاحب الملك ماالستوجر منه الى المستأجر لزمته الاجرة سكن أم لم يسكن انتهى والظاهر ان مراده أنه ان مضت مدة الاجارة وهو مقبوض لان اجارة المسكن لابد ان تتم في مدة معينة وقال في (النهاية) ومتى مكنه من التصرف وامتنع منه لم يسقط عنه مال الاجارة انتهى اذ الظاهر أنه أراد مافي

---

(١) كذا في نسختين ولعل الصواب وأنما هي أمر (مصححه)

المنفعة كما هو عادته فيكون مراده من التمكين والامتناع أنه سلمه الدار ولم يسكن ونحوها عبارة المراسم التي هي مختصر المقنعة ويأتي لماتين وجه آخر وقد تعم المدة في عبارة الكتاب بحيث تشمل المنفعة المعينة بالزمان كمنفعة الدار كما عرفت أو بالعمل كركوب الدابة الى مكان معين والاكثر كما ستعرف أنما تعرضوا لهذا لان المنفعة اذا عينت بالزمان فالامر فيها ظاهر ولهذا قل من تعرض له كما عرفت واذا عينت بالعمل فلا بد من وقوعها في زمان وذلك الزمان هو مدتها وحينئذ فيصير المراد بالمدة ما تعينت شرعا للاستيفاء إما بالتعيين أو ما في حكمه كما اذا عينت المنفعة بالعمل فتوافق أي عبارة الكتاب حينئذ ما في المبسوط والمهذب والسرائر أيضا والخلاف والتحرير لأنها قد ذكرت فيها كلها اجارة الدابة والمدة منكرة وتوافق العبارات الأخر التي وقعت المدة فيها منكرة كالغنية والشرائع والنافع والتذكرة والارشاد واللمعة والروضة والروض وما يأتي في عبارة الكتاب من قوله وان كانت على عمل قال في (الغنية) لو استأجر دابة ليركبها الى مكان بعينه فسلمها اليه فامسكها مدة يمكنه المسير فيها ولم يفعل استقرت الاجرة عليه بدليل الاجماع انتهى وقال في (الشرائع) واذا سلم المستأجر ومضت مدة يمكن فيها استيفاء المنفعة لزمت الاجرة وفيه تفصيل انتهى وستسمع المراد من التفصيل ونحوه ماذكره بعده واحترز بمضي المدة عما لو كانت متاخرة عن وقت التسليم بالاشتراط في العقد فانها لا تستقر حينئذ وعما لو تسلمها بعض المدة فقط ولا فرق في استقرار الاجرة بذلك بين الانتفاع وعدمه هذا ودليل الحكم في المسئلتين وان شئت قلت على التقديرين عمومات اخبار الباب والاجماعات الحاكمة بلزومها بمجرد العقد غير أنهم لم يوجبوا على المستاجر تسليمها به الابعد تسليم العين أو العمل ان قلنا بذلك فيهما أو بعد التقابض على ما تقدم من اختلاف العبارات والاختلاف في فهمها مراعاة لمصلحته ودفعا للضرر عنه وقد أقدم هنا على الضرر بتركه الانتفاع والمؤجر غير مقصر وفي الخبر القريب من الموثق قال سألت ابا عبدالله عليه السلام عن رجل استاجر من رجل ارضا فقال أجرنيها بكذا ان زرعتها أولم أزرعها أعطيتك ذلك فلم يزرعها الرجل قال فيه له أن ياخذ ان شاء ترك وان شاء لم يترك هكذا برواية الفقيه لكونها أوضح فليتامل وهذا هو الذي أورده في المقنع ويدل على خصوص الثانية اجماع الغنية بل يدل على الاولى أيضا لان كانتا في هذا الحكم من سنخ واحد عند الاكثر بل بالاولوية وفي (المهذب البارع وايضاح النافع) أنه ان سلمها وكانت مقيدة بمدة معينة لزمت الاجرة انتفع أم لم ينتفع وان كانت على عمل كالدابة تحمل المتاع لزمت في المدة أجرة المثل والاجارة على العمل باقية قال في الاول هذا أنسب ما سمعته في معنى التفصيل الذي أشار اليه في الشرائع وقال أنه وجده مكتوبا على نسخة قرئت على المصنف وهو كما ترى مع اعراض الاصحاب عنه (وكيف كان) فلا فرق بين ان يكون تخلف المستأجر لعذر أو لغير عذر قال في (التذكرة) لو تخلف لخوف في الطريق أو لعدم وجدان الرفقة استقرت الاجرة عليه وان كان معذورا من جهة انه لو خرج والحال هذه كان متعديا ضامنا للدابة وانما استقرت الاجرة عليه لتلف منافع المدة على أنه متمكن من السفر عليها الى بلد آخر ومن استعمالها في البلد تلك المدة انتهى ولا فرق في ذلك أيضا بين كون الاجارة واردة على العين أوفي الذمة كما في التذكرة وجامع المقاصد والمسالك ولا فرق أيضا بين كون الاجارة صحيحة أو فاسدة كما في جامع المقاصد والمسالك لانه قبض العين في الفاسدة على ان المنافع مضمونة عليه لان ما يضمن بصحيحه يضمن بفاسده وقد تلفت في يده فوجب عليه عوضها وهو أجرة المثل

وان كانت على عمل فسلم المعقود عليه كالدابة يركبها الى المعين فقبضها ومضت مدة يمكن ركوبها فيها استقرت عليه الاجرة وان كانت الاجارة فاسدة تجب أجرة المثل فيها (متن)

أجرة المثل وفي (التذكرة والتحرير) احتمل أن لا شيء عليه لانه عقد فاسد على منافع لم يستوفها وان يكون عليه أجرة المثل من دون ترجيح وفي (جامع المقاصد) ان ذلك كله لا يكون الا في الاعيان المملوكة كالدابة اذا آجرها ليركبها الى المعين أو يومين مثلا وكالعبد اذا آجره للعمل الفلاني أو للخدمة زمانا معينا أما الاعمال التي تصدر عن الحر فلا يتم فيها ذلك لانها لا تدخل تحت اليد ولا تضمن الا الا بالاستيفاء لا بالفوات ونحو ذلك ما في مجمع البرهان وهو خيرة غصب الشرائع والتحرير وجامع المقاصد وتعليق الارشاد والمسالك والروضة والرياض لكن قوى في جامع المقاصد فيما يأتي لزوم الاجرة للمستأجر اذا بذل الحر نفسه ولم يتسلمه كما ستسمع والمولى الاردبيلي قوى الاستقرار في باب الغصب وفي (التذكرة) ان لاقرب فيه أيضاً استقرار الاجرة وبه جزم في المسالك وهو قضية اطلاق المبسوط والسرائر والشرائع والتحرير والارشاد فيما اذا استأجره لقلع ضرسه فمضت المدة التي يمكنه فيها ايقاع ذلك فلم يقلعه فانهم قالوا ان الاجرة تستقر على المستأجر اذا لم يزل الألم وأما اذا زال عقيب العقد فانها تسقط الاجرة لانه ممنوع منه شرعا ولم يفرقوا بين الحر والعبد ولعل ذلك منهم بناء على ان المراد بعدم دخولها تحت اليد وعدم ضمانها بالفوات انما هو فيما اذا كانت اليد يد عدوان بحيث يصدق اسم الضمان لا فيما اذا دخلها الشارع تحت يد المستأجر وصارت مالاً من أمواله على ان مثل ذلك لا يسمى ضماناً وقد استوفينا الكلام في باب الغصب بما لا مزيد عليه وأما تفصيل الشرائع فقد سمعت ماحكيناه في معناه عن المهذب البارع واحتمل في المسالك أن يكون أراد الفرق بين المعينة فتستقر دون المطلقة أو بين المعينة بوقت دون المتعلقة بالذمة مجردة عن الزمان فتستقر في الاولى دون الثانية لان جميع الازمنة صالحة لها أو بين العبد والحر وقد تقدم في باب الغصب الوجه في أن منافع الحر لا تضمن بالفوات (وحاصله) ان الحر لما لم يكن داخلاً تحت اليد لم يتصور دخول منافعه أيضا وان كانت مملوكة لكونها معدومة فلا يتصور دخولها تحت اليد استقلالاً ولا تدخل تبعاً لكونه هو غير داخل فامتنع دخولها بالكلية فامتنع كون ذهابها منه (وفيه) لو تم في غير العدوان لامتنع استئجار الحر لانه اذا استؤجر كانت منافعه داخلة تحت اليد استقلالاً الا أن تقول أنه يملكها ولا تدخل تحت يده أو انما يملكها في ذمته لكن يجيء على هذا ان الاجير الخاص لو عمل لغير المستأجر عملاً أن لا يثبت له عليه شيء (وليعلم) أنه لا فرق في المعين بين أن يكون قد استأجرها لعمل كخياطة ونحوها كأن اجره عبد ليخيط له ثوبه وبين أن يكون قد استأجرها لغيره كأن استأجر الدابة للركوب أو يومين كما هو صريح جماعة وقضية اطلاق آخرين وهو الذي اقتضاه الفرق بين العمل والمعين في أنه لا يجب تسليم الاجرة في العمل الا بعد تمامه وتجب في العين بتسلمها من ان العمل مقدور له فليعمل ثم يأخذ وهنا العمل مقدور للمستأجر فليستعمل العبد في الخياطة وقد سلمه له مالكه والمفروض انه مطيع فدخل تحت أدلة المسئلتين فتلحظ فليتأمل ﴿ قوله ﴾ ﴿ وان كانت على عمل فسلم المعقود عليه كالدابة يركبها الى المعين فقبضها ومضت مدة يمكن ركوبها فيها استقرت عليه الاجرة وان كانت الاجارة فاسدة تجب أجرة المثل ﴾ قد تقدم الكلام فيه آنفاً مستوفى لامر اقتضاه في المقام ﴿ قوله ﴾

ولو بذل له العين فلم يأخذها المستأجر حتى انقضت المدة استقر الاجر عليه وان كانت الاجارة صحيحة والا فلا ولو شرط ابتداء العمل في وقت ومضت مدة يمكن فيها العمل خالية عنه فطلبه المالك فلم يدفع العين صار غاصبا فان عمل بعد ذلك لم يستحق أجرة (متن)

﴿ولو بذل العين فلم يأخذها المستأجر حتى انقضت المدة استقر الأجر عليه ان كانت الاجارة صحيحة والا فلا﴾ كما صرح بذلك كله في التذكرة وجامع المقاصد والمسالك والروضة وقد سمعت ما في النهاية والمراسم والوسيلة من أنه متى مكنه من التصرف وامتنع منه لم يسقط عنه مال الاجارة وهذا هو الوجه الآخر الذي وعدنا به فيما سلف وهذا عند هؤلاء في حكم التسليم كما صرح به الشهيد الثاني وقد جزم في التحرير بالحكم الثاني وتردد في الاول والوجه في عدم ثبوت شيء عليه في الثاني ظاهر لانه لم يتلف شيئا من المنافع لانه لم يأخذ العين ولا هي مال قد بذله من وجب عليه بذله حتى يكون تلفه منه وقد وجه الاول في التذكرة وهو استقرار الاجر اذا كانت الاجارة صحيحة سواء كانت واردة على عين معينة بالمدة أو على عمل بأن المنافع تلفت باختياره في مدة الاجارة في الاول وفي مدة يمكن فيها العمل في الثاني وهو غير مستلزم للمدعى لثبوته في غير هذه الصورة وهي ما اذا كانت في يده غير مانع منها الا أن يكون أراد ما تقدم للثاني ونحوه من ان العمومات تقضي بلزوم الاجرة بمجرد العقد ترك العمل بها لمكان مصلحته ودفع ضرره وقد أقدم هنا على الضرر بتركه الانتفاع باختياره ويمكن الاستدلال عليه بالخبر المتقدم وقد اضطرب كلام جامع المقاصد في المقام فوجهه بوجه آخر وهو أنه لما استحق المنافع بالعقد الوارد على العين أو الذمة وقد بذل المؤجر متعلق الاجارة وجب على المستأجر قبوله على حد ما لو بذل دينه الحال وخلى بينه و بينه فلم يأخذه حتى تلف فانه من صاحب الدين وقال انه واضح وقال ما حاصله انما الاشكال فيما لو كانت الاجارة على عمل الحر فبذل نفسه للمستأجر فتسلمه أو لم يتسلمه لكنه خلى بينه و بين العمل مدة يمكن فيها استيفاء من حيث ان منافع الحر لا تدخل تحت اليد ومن استحقاقه لها مدة بذلها له فيكون تلفها منه وقال هذا قوي لكن يرد عليه ان الدين انما يتعين بقبض صاحبه فاذا امتنع منه فلا بد من قبض الحاكم فان تعذر فبذله المديون وخلى بين المدين و بينه فتلف كان من ضمانه فحقه ان لا يكون تلف المنافع من المستأجر بمجرد بذل الحر نفسه حيث لا يقبل المستأجر ولا بمجرد بذل العين المؤجرة حيث لا يقبلها الا حيث يتعذر الحاكم نعم ان تشخصت المنفعة بالزمان جرى مجرى الحق المتعين المتشخص الذي اذا بذل المالك فابى فتلف فان تلفه منه ولا يتوقف على الرجوع الى الحاكم وأنت خبير بأنه لو استند الى ما استندنا اليه لم يحتج الى جعل المنافع من قبيل الدين المبذول ويقول انه واضح ثم يورد عليه الايراد المذكور ثم ان استشكاله في منافع الحر هنا لا وجه له لان المفروض في أصل المسألة ان المستأجر لم يتسلم الحر فلا وجه لقوله ينشأ من أن منافع الحر لا تدخل تحت اليد وعلى ما فرض في كلامه من قوله فتسلمه أو لم يتسلمه لا وجه له أيضا بالنسبة الى ما اذا لم يتسلمه ثم انه كيف قوى الوجه الثاني مع قوله أولا فامتنع كون ذهابها من غير الحر هذا وقال في (التذكرة) واذا قلنا بعدم الاستقرار فللاجير أن يرفع الامر الى الحاكم ليجبره على الاستعمال ولو كان العمل في الذمة فبذل نفسه له فلا فرق فيما ذكر ﴿ قوله ﴾ ﴿ ولو شرط ابتداء العمل في وقت ومضت مدة يمكن فيها العمل خالية عنه فطلبه المالك فلم يدفع العين صار غاصبا فان عمل بعد ذلك لم يستحق أجرة ﴾ هذا الفرع لم أجده الا في الوسيلة على احتمال حيث عدمن

ولو ظهر عيب في الاجرة المعينة تخير المؤجر في الفسخ والارش وفي المضمونة له العوض فان تعذر فالفسخ أو الرضا بالارش (متن)

مبطلات الاجارة ما اذا اشترط في عقدها تسليم ما وقع عليه عقدها بعد ايام من وقت العقد فان كلامه هنا محتمل لثلاثة معان (أحدها) قد يوافق ما في الكتاب ومعناه ان الاجارة لو كانت على عمل كخياطة ثوب ونساجة غزل ونجارة خشب وشرط ابتداء العمل في مدة معينة حقيقة أو حكماً كما اذا قال أول ابتداء الخياطة اليوم المعين بحيث لا يتوانى فيه بعده والمراد هنا الثاني وسلم اليه العين ومضت مدة يمكن فيها العمل خالية عنه وطلب المالك العين فلم يدفعها اليه صار غاصبا لانه ليس له حبس العين حينئذ لانقضاء المدة حتى جرت الاجارة عليها لتعذر المستأجر عليه فان عمل بعد ذلك لم يستحق أجرة لانه غاصب متبرع بعمله ويضمنه ان تلف ومنه يعلم حال ما اذا كانت المدة معينة حقيقة بخلاف ما لو لم تتعين زمانها باحد الامرين وان نزل الاطلاق على اتصال زمانها بزمان العقد فانه حينئذ لو أخرها لم تبطل لبقاء صلاحية الزمان لها بخلاف ما اذا تعين زمانها فان فواته يقضي انفساخها بل قد نقول انه لا اجرة له وان لم يطلبه المالك لمكان انفساخ الاجارة بمضي المدة بل لا يحتاج الى مضي تمام المدة بل يكفي مضي جزء من أولها وكذا اذا لم يجر بينهما عقد شرعي وطلبه ولم يرده ضمن ولا اجرة عين المدة أو لم يعين والضمير في قوله وطلبه المالك حقه ان يرجع الى العين لكن ذكره ولا يصلح عوده الى العمل ولعله بنى على المراد وهو الثوب مثلا ﴿ قوله ﴾ ﴿ ولو ظهر عيب في الاجرة المعينة تخير المؤجر في الفسخ والارش ﴾ هذا مما لا أجد فيه خلافا وبه صرح في الشرائع والتحرير والارشاد واللمعة وجامع المقاصد وتعليق الارشاد والمسالك والروضة والروض ومجمع البرهان والكفاية وهو مراد الخلاف والمبسوط والمهذب والغنية والسرائر وان اقتصر فيها على انه يملك الفسخ كما يظهر من التشبيه بالبيع في الجميع (والوجه فيه) أن الاطلاق يقتضي التسليم وتعيينها في متن العقد مانع من البدل ولولا ما يظهر من الوفاق وعدم الخلاف لامكن القول بأنه ليس له الا الفسخ لانه لا يخالف القاعدة والحكم بالارش في البيع لدليل وقد يستند في ذلك الى ترك ذكره في الخمسة المتأخرة لكن التشبيه فيها ينافيه فتأمل ويبقى الكلام فيما اذا حدث العيب في الاجرة المعينة ولعلهم لا يفرقون بين الحدوث والظهور كما هو كذلك في البيع عند المشهور ﴿ قوله ﴾ ﴿ وفي المضمونة له العوض فان تعذر فالفسخ أو الرضا بالارش ﴾ كما في الكتب المذكورة في المعينة ماعدا الخمسة المتأخرة وما عدا الشرائع والتحرير والارشاد فان فيها أي الثلاثة انه يتخير أيضا بين الفسخ والابدال وقد يتناوله اطلاق الخمسة الاخيرة ووجه ان المطلق يتعين بتعيين المالك وقبض المستحق كما هو الشأن في الاخماس والزكوات فيكون له الفسخ وله الابدال بالصحيح لانه قضية العقد وفيه على تقدير تسليم التشبيه ان الاصل والاستصحاب يقضيان ببقائه مطلقا وعدم تعيينه بتعيين المالك مع كونه معيبا على أن قضية المعين أن لا يكون له البدل بل أما الفسخ أو الارش نعم ان تعذر ولو بفوات بعض المنافع المطلوبة عرفا بالتأخير يكون له الفسخ والرضا بالمعيب فيطالب بالارش لتعين المدفوع عوضا بتعذر غيره وقال في (اللمعة) ومع عدمه أي التعيين يطالب بالبدل وقيل له الفسخ وهو قريب ان تعذر الابدال انتهى ولا يكاد يكون لها معنى محصل ولم يتعرض لها في الروض ويبقى الكلام فيما اذا امتنع من الابدال وقد تقدم التذكره والمسالك في ما اذا امتنع من ابدال العين ان له الفسخ وطالبنا هناك

والمؤجر الفسخ ان افلس المستأجر ويجوز ان يؤجر العين بأكثر مما استأجرها به وان لم يحدث شيئا مقوما او كان الجنس واحداً على رأي (متن)

بالدليل فيجيء مثله هنا ﴿ قوله ﴾ ﴿ والمؤجر الفسخ ان أفلس المستاجر ﴾ كما في الخلاف والمبسوط والمهذب والغنية والسرائر والشرائع والتحرير وجامع المقاصد لان من وجد عين ماله فهو أحق بها مع مراعاة التفصيل السابق في الفلس وهذا اذا كانت الاجارة دينا تنزيلا للمنافع منزلة الاموال وقد ذكرها المصنف في باب المفلس وقد استوفينا الكلام هناك فيها وفي جميع فروعها وقلنا ان ذلك انما يكون اذا لم يمض شيء من المدة والا ضرب مع الغرماء بقسط مامضى وان التحجير ان كان في البادية نقل المفلس ومتاعه الى مأمن بأجرة مقدمة على الغرماء الى غير ذلك من الفروع وتأملنا في دخول ذلك تحت العموم اذ في الخبر فيوجد متاع رجل عنده بعينه قال عليه السلام لايحاصه الغرماء الا انا لم نجد في ذلك مخالفا في البابين بل رأيناهم مصرحين بذلك جازمين من دون تأمل ﴿ قوله ﴾ ﴿ ويجوز ان يؤجر العين بأكثر مما استأجرها به وان لم يحدث شيئا مقوما او كان الجنس واحداً على رأي ﴾ اختلف كلام الاصحاب في المسئلة حتى من الفقيه الواحد له في المزارعة مذهب يخالف مذهبه في الاجارة وقد وقع في كلامهم في نقل الاخبار والمذاهب خلل واختلاف عظيم كما ستعرف ان شاء الله تعالى ولعله يمكن رفعه بالنسبة الى الفتاوى كما ستسمع في مزارعة المقنعة والمراسم تكن اجارة الارض بأكثرمما استأجرها الاان يكون قدأحدث فيهاحدثا او يختلف النوعان وهوالذي يفهم من بعض وجوه الاستبصار وهو خيرة مزارعة الشرائع والنافع وكشف الرموز والتنقيح والمسالك وايضاح النافع وفي الاخير ان عليه الفتوى ومما صرح فيه بجواز اجارة الارض بأكثر مما استأجرها به المقنع من دون تصريح بالكراهية وفي مزارعة النهاية في خصوص الارض أيضا انه اذا استأجرها بالنصف والربع جاز ان يؤجرها بأكثر من ذلك وعلى ذلك حمل في الاستبصار وفي واحد من وجوه أربعة الاخبار الدالة على جواز ايجار الارض بالاكثر لكن ابن ادريس قال ان هذه الاجارة باطلة لان شرط الاجرة ان تكون مضمونة في ذمة المستأجر والثلث والربع غير مضمون اذ ربما لم يخرج من الارض شيء وهذا غرر عظيم (قلت) خبر الحلبي وموثقة اسحق ظاهري (ظاهران ظ) في جوازه كما يأتي وقد حكى عن الكامل ماحكيناه عن النهاية ومما صرح فيه بجواز ايجار العين ارضا كانت أو غيرها بالاكثر مع اتحاد الجنس وعدم احداث حدث السرائر وجامع الشرائع والتذكرة والمختلف والايضاح وشرح الارشادللفخر والحواشي واللمعة والتنقيح والروضة ومجمع البرهان والمفاتيح والرياض وحكاه المصنف عن والده والشهيد عن سديد الدين وقد نسب الى أكثرعلمائنا في التذكرة والمتقدم على المصنف ابن ادريس وسبطه فالشهرة على الاطلاق محل تأمل بل على خصوص الارض كذلك كما ستعرف وقال في (الرياض) ان الاشهر بين المتأخرين انه مكروه ثم قال بل لعله عليه عامتهم وحكى عن التذكرة انه نسب الكراهية الى الاكثر وستعرف المخالف من المتأخرين ولا تعرض في التذكرة في المسئلة للكراهية والمصرح بها هنا ابن ادريس وسبطه صاحب الجامع والمصنف في المختلف وولده والمحقق الثاني وبعض من تأخر ولا مصرح بها قبل المصنف في التذكرة على الاطلاق سوى ابن ادريس ولا امنع القول بالكراهية هنا بل هو الذي ينبغي لمكان الخلاف فتوى ورواية

لكن يجب التثبت في النقل فيحكي ما وجد لا ما ينبغي ثم انه في الرياض جعل عنوان المسئلة في الارض ثم صب الاقوال والشهرات والاجماعات في الارض وغيرها عليه ثم انه في آخر كلامه قال ان ظاهر الفريقين عدم الفرق في الكراهة والتحريم بين الارض وغيرها ثم قال الظاهر أنه ليس ذلك باجماع فتأمل اذ الظاهر تدافع الظاهرين وستعرف الحال (وأما المانعون) فظاهر المقنع المنع من اجارة الحانوت والاجير والدار بأكثر مما استأجر من دون استثناء لانه روى ما دل على ذلك ومنع في المقنعة من اجارة الدار والحانوت بالاكثر الا اذا احدث فيهما حدثا ولم يقيد الحدث بكونه مما يقابل التفاوت ومنع في النهاية من اجارة الدار والمسكن بالاستثناء المذكور من دون تقييد الحدث أيضا فما حكاه عنهما في المختلف غير صحيح من وجوه وما حكاه في التذكرة عن الشيخ من أنه منع في المسكن والخان والاجير بزيادة الا أن يؤجر بغير الجنس أو يحدث ما يقابل التفاوت غير صحيح أيضا من وجوه ولم يجوز ذلك في الشرائع في المسكن والخان والاجير الا أن يؤجر بغير جنس الاجرة أو يحدث ما يقابل التفاوت وقد استوجهه في الرياض عملا بظاهر المعتبرة مع أنه ليس فيها لفظ الخان واستحسنه فى غاية المراد فى البيت والخان والاجير لعدم دلالة الروايات على المنع في غيرها وقال انه ظاهر مذهب المحقق وستعرف ان في الروايات المنع في السفينة والرحى والارض والدار الا ان يريد بالبيت الدار ويقول ان تلك الاخبار ضعيفة واستوجهه في الكفاية في البيت والحانوت والاجير وقد نسب في المسالك والمفاتيح ما في الشرائع الى اكثر الاصحاب وأنت قد عرفت المتعرض لذلك ودخول الثلاثة في قول من منع فيها وفي غيرها أمر آخر غير ما نحن فيه اذ ظاهر الشرائع وما تعرض فيه الثلاثة الجواز في غيرها هذا والحانوت في الدروس انه ذكان الخار واما المانعون في العين ارضا كانت أو غيرها الا أن يؤجر بغير الجنس او يحدث ما يصلحه به فالسيدان في الانتصار والغنية مدعيا الاول الاجماع على ذلك كله المستثنى منه والمستثنى بطرفيه والثاني الاجماع على المنع الا اذا احدث فيه ما يصلحه به ووافقهما على ذلك المصنف في الارشاد منكرا الحدث وقد حكى ذلك في الايضاح عن الشيخين والمرتضى وسلار والصدوق في المقنع وأبي الصلاح وابن البراج في المهذب ومثله ما في المختلف والحواشي مع زيادة أبي القاسم في الاخير وحكاه في جامع المقاصد عن الشيخين وا كثر الاصحاب وهو المحكي عن أبي علي لكن حكى ان أبا علي وصف الحدث بكونه نافعاً للمستأجر وأنه أجاز بالا كثر اذا أضاف اليه شيئاً من ملكه تكون الزيادة عوضاً عنه اذا كانت الاجرة مما يقع فيها الربوا هذا ماحكوه وأما ماوجدناه فقد منع في المراسم من اجارة ما استأجره بالا كثر الا أن يكون قد أحدث فيه مصلحة وفي (الكافي) الا أن يكون أحدث فيه شيئا وفي (الوسيلة) الا ان يكون أحدث حدثا تزيد بسببه الاجرة وفي (التحرير) ان لم يحدث فيها حدثا ففي جواز اجارتها بأ كثر مما استأجرها من الجنس قولان أقربهما المنع ولو أجرها بغير الجنس جاز وقال في (الخلاف) اذا أراد ان يؤجرها بعد القبض فانه يجوز اذا أحدث فيها حدثا بأن يؤجرها بأقل أو ا كثر منه أو مثله من المؤجر او غيره دليلنا اجماع الفرقة واخبارهم وهو يدل بمفهومه على المنع من دون احداث حدث ومنع في النهاية من ايجار الارض بأ كثر مما استأجرها به ان كان قد استأجرها بالدراهم الا أن يحدث فيها حدثا أو يؤجرها بغير الدارهم وهو المحكي عن الكامل فان تم ماحكى فى المختلف والايضاح والحواشي وجامع المقاصد كانت الشهرة معلومة ومنقولة وان لحظت مازدناه من كلام الوسيلة والغنية على تقدير صحة مانقلوه كان الاجماع معلوما ومنقولا في ثلاثة

مواضع هـذا ما وجدناه من كلام الاصحاب بعد معاودة النظر مرارا في كتبهم وماحكي في المختلف والتذكرة والايضاح وغاية المراد وجامع المقاصد ومستمع الجمع (وكيف كان) فالاجارة بالمساوي والاقل مما لاخلاف فيها فيه كما في مجمع البرهان وفي (التنقيح) الاجماع على الجواز في المساوي جنسا وقدرا وفي (الانتصار والخلاف والغنية وشرح الارشاد للفخر والتنقيح والروضة) الاجماع على الجواز مع احداث الحدث على اختلافهم في توصيفه وتنكيره وفي (المسة) أنه لابحث فيه وفي (الانتصار) الاجماع على الجواز مع اختلاف الجنس وفي (السرائر) نفي الخلاف عن الجواز مع اختلافه من دون كراهية ولاتحريم (حجة المجوزين) اجارة العين بأكثر مما استأجرها به أرضا كانت أو غيرها الاصل وعموم الامر بالوفاء بالعقود وقد احتج عليه في (التذكرة والمختلف والايضاح وجامع المقاصد) وغيرها بحسنة أبي المعتز حميد بن المثنى عن أبي عبد الله عليه السلام في الرجل يستأجر الارض ثم يؤاجرها بأكثر مما استأجرها قال لا بأس ان هذا ليس كالحانوت ولا كالاجير ان فضل الحانوت والاجير حرام (قلت) ومثلها حسنة أبي الربيع الشامي على الاصح فيه وفي خبر خالد بن جرير لكن بدل فيه الحانوت بالبيت ومثلها رواية ابراهيم (١) بن المثنى واستدل عليه شيخنا في (الرياض) بصحيحة اسحق بن عمار أو موثقته عن ابي عبد الله عليه السلام قال اذا تقبلت ارضا بذهب او فضة فلاتقبلها بأكثر مما تقبلتها وان تقبلتها بالنصف والثلث فلك ان تقبلها بأكثر مما تقبلتها به لان الذهب والفضة مضمونان ومثله خبر الحلبي وليس في اخبار الباب على كثرتها ما يدل على جواز ايجار غير الارض بأكثر مما استأجرها من دون احداث حدث فما في الكفاية من قوله اختلف الاصحاب في جواز اجارة الارض وغيرها من الاعيان الى ان قال ذهب جماعة الى الجواز نظرا الى اخبار دلت على الجواز غير صحيح بالنسبة الى غير الارض كقوله في جامع المقاصد ان روايتي الحلبي وابي بصير محمولتان على الكراهية جمعا بين الاخبار اذ الاولى ان يقول بين الادلة على انه لم ينقل رواية الحلبي على وجهها كما ستعرف والاعتذار عنهما بأنه اذا ثبت في الارض ثبت في غيرها لعدم الفرق (يرده) ان الفارق جماعة كثيرون كما تقدم ومثله قوله في مجمع البرهان ما رأيت خبراً دالا على جواز الاجارة بالاكثر من دون احداث وكأنه غفل عن الاخبار الثلاثة التي تقدم ذكرها بل يظهر منه انه ما ظفر بها في أول شروعه في المسئلة (وكيف كان) فقد يقال على أدلة الجواز المذكورة بأن الاصل والعموم مخصصان باجماع الانتصار والغنية بل والخلاف و بالاخبار المستفيضة وأما حسنة أبي المعتز وما كان نحوها فانما دلت على خصوص الارض ولا دلالة فيها على غيرها وقد عرفت وجود القول بالفصل على انها معارضة في خصوص الارض بخبر الهاشمي ومرسل الفقيه حيث شرط الجواز فيهما بالاحداث كحفر النهر والاتفاق والترميم والضعف فيهما منجبر بعمل الاكثر كما عرفت ومعارضة في الارض أيضا بالخبرين اللذين استدل بهما في الرياض حيث نهي فيهما عن التقبيل بزيادة اذا كان تقبلها بأحد النقدين وجوز فيهما ما اذا كان بغيرها وقد اعتذر عن ذلك في الرياض باحتمال أن يكون المراد النهي عن المزارعة أي لاتستأجر بهما فتزارع بأكثر منهما لاشتراط كون المزارعة بحصة مشاعة من الحاصل فلا تجوز بالنقدين وما في معناها قال ولو لم تحمل على ذلك لكانتا من الشواذ لعدم القائل بالفرق بين النقدين وغيرها فتجوز الزيادة في الثاني دون الاول وانت قد عرفت القائل بذلك وأنه الشيخ في النهاية

(١) لم يذكر في كتب الرجال بمدح ولا قدح (منه قدس سره)

والاستبصار والقاضي في الكامل على انه لافرق في ذلك بين المزارعة بالاقل والاكثر والمساوي فلا معنى لقصر ذلك على الاكثر ولعل الشذوذ أولى من هذا التجشم الشديد والتنزيل البعيد سلمنا ان هذا أولى كما حرر في محله لكن الاخبار التي بهذا المكان كيف تجعل دليلا ويعارض بها الادلة التي بتلك المثابة ولو كانت من أدلة الباب ما أغفلها الاصحاب بل ربما استدل بها على خلاف ماأراد هذا وكثيراً ما يستعمل القدماء الكراهة في التحريم فهي في المقنعة والمراسم في الارض بمعناه حتى توافق فتواها في غيرها خصوصا المراسم حيث أطلق المنع في العين في باب الاجارة بحيث تشمل الارض وباب الاجارة فيها متأخر عن المزارعة بل قد يقال ان من منع في الحانوت والدار والمسكن والبيت يمنع في غيرها عند التأمل ولهذا جعل المصنف في المختلف وولده في الايضاح والجماعة مذهب الصدوق والشيخين والسيد وسلار وأبي الصلاح والقاضي في المهذب وأبي علي مذهبا واحدا وهو انه اذا استأجر شيئا أو عينا على اختلافهم في التعبير لم يجز ان يؤجره باكثر مما استأجر به الاأن يحدث فيه حدثا اذا اتفق الجنس مع انك قد علمت ان الجميع لم يصرحوا بذلك فلولا انهم فهموا منهم ذلك لما جاز لهم ذلك فبناء على ذلك يكون أول من أحدث القول بالجواز ابن ادريس وهو متجه على اصله وذلك مما يشهد بصحة اجماع الانتصار والغنية والخلاف وشهرة جامع المقاصد وشهرة المسالك ومما يوهن نسبة الجواز الى الاكثر في التذكرة ويوهن قوله في التنقيح ان عليه الفتوى على انك قد عرفت ان المتأخرين غير مطبقين على الجواز على ان ابن ادريس قد رجع الى القول بالمنع على الظاهر منه في مسئلة التقبيل كما ستعرف ومما يدل على المنع حسنة الحلبي عن أبي عبدالله عليه السلام في الرجل يستأجر الدار ثم يؤجرها باكثر مما استأجرها قال لا يصلح ذلك الا أن يحدث فيها شيئا وقد رواها في جامع المقاصد على غير وجهها فابدل الدار بالعين وموثقة أبي بصير قال قال أبو عبدالله عليه السلام اني لا أكره أن استأجر رحى وحدها ثم أؤاجرها بأكثر مما استأجرتها به الا أن يحدث فيها حدثاً أو يغرم فيها غرامة ومثله حسنة سليمان بن خالد أبا ابراهيم أو صحيحته عن أبي عبد الله عليه السلام وخبر الهاشمي الطويل عن ابي عبد الله عليه السلام سأله أيصلح له ذلك قال نعم اذا حفر لهم نهرا أو عمل لهم شيئا يعينهم بذلك ونحوه جوابه عليه السلام في سؤاله الثاني وموثقة اسحق ابن عمار بغياث بن كلوب عن جعفر عن أبيه عليهما السلام ان أباه كان يقول لابأس بان يستأجر الرجل الدار والارض أو السفينة ثم يؤاجرها باكثر مما استأجرها به اذا أصلح فيها شيئا وحسنة الحلبي بابراهيم عن أبي عبد الله عليه السلام قال لو ان رجلا استأجر داراً بعشرة دراهم وسكن بيتا وأجر بيتا بعشرة دراهم لم يكن به بأس ولا يؤاجرها باكثر مما استأجرها الا أن يحدث شيئا مضافا الى الاخبار المرسلة في الخلاف فانها صريحة والارسال مجبر بعمل الاكثر وان أراد بها هذه فذاك واي أخبار الحانوت والمسكن والبيت بل قد يستدل على ذلك أو يستشهد أو يستأنس بالاخبار الواردة في المنع من التقبيل بالاقل من دون عمل بلفظ لا وانها من اقوى الادلة لانها على الظاهر من سنخ مسئلتنا كما هو صريح بعض وظاهر آخرين وقد عقد له في الوافي باباً سرد فيه ستة أخبار وما رواه في التذكرة عن ابي حمزة في التقبيل المذكور سهو لمخالفته الموجود في الاصول وغيرها من كتب الاستدلال الا السرائر كما ستسمع فلامعنى للاقتصار في دليل المانعين على الروايتين الاولين ولا لحصر الدليل فيهما كما وقع لجماعة وحمل هذه الاخبار على كثرتها وتواقفها وفيها الصحيح والمعتبر وتعاضدها واعتضادها بالاجماعات

الثلاثة ولا أقل من أن تفيد شهرة مضافا الى شهرتي جامع المقاصد والمسالك على التقية يرده ما في الانتصار من أن ذلك من متفردات الامامية لكنه قد نقل في الخلاف والتذكرة وجود هذا الخلاف بين العامة أيضاً وأغرب من ذلك الاقتصار في الاستدلال على ذكر بعضها والطعن فيه بضعف السند والطعن فيها جميعاً بضعف الدلالة فان في الصحيح أو الحسن لا يصلح ونحوه خبر الهاشمي وفي الموثق والحسن أو الصحيح اني لا أكره وفي الموثق الآخر لا بأس اذا أصلح فيها شيئا وغايته وجود البأس اذا لم يصلح وكل ذلك ليس نصاً في التحريم بل هو ظاهر في الكراهية بالمعنى المعروف (وفيه أولا) ان حسنة الحلبي بابراهيم أو صحيحته قد خلت عن ذلك كله وانما فيها لا تؤجرها بأكثر مما استأجرها (وثانيا) بأن التصريح بالتحريم في حسنة أبي المعزا وخبر أبي الربيع الشامي وخبر ابراهيم والنفي أو النهي في صحيحة محمد بن مسلم الوارد في التقبيل حيث قال أحدهما عليهما السلام لا الا أن يكون عمل فيه شيئا قضيا بأن عدم الصلوح هنا وان الكراهية والبأس بمعنى التحريم ونفيا عن هذه الاخبار احتمال الكراهية بالمعنى المتعارف (وثالثا) ان نظرنا أبواب الصرف بالمثل وغير المثل والربوا والسلف وبيع الطعام بالطعام وباب الرجل يقرض الدراهم ويأخذ أجود منها وباب القرض الذي يجر نفعا وباب الغرر والمجازفة والشيء المبهم فوجدنا الكثير من اخبارها أو الاكثر ورد في موضع التحريم بلا يصلح وفي بعض المواضع ما كره وكره وفي موضع الجواز بنفي البأس حيث يكون ذلك عند عدم الشرط ونحوه حراما سلمنا لكن الحسنة صريحة أو ظاهرة في التحريم واخبار الخلاف صريحة فيه قطعا ولا أقل من أن تفيد الاجماعات الثلاثة وفتاوي القدماء شهرة تجبر سندها مضافا الى الشهرة المنقولة في جامع المقاصد وقد اعترف في الرياض بوجود الشهرة القديمة هذا كله مع الاغضاء عما في المختلف والايضاح وغيرهما من نسبة ذلك الى القدماء كما سمعت ولو لحظناه مع ما ذكرناه كان اجماع القدماء محصلا كما نبهنا عليه آنفا وان لحظت الشهرات المحكيات في التقبيل كما ستسمع زاد الامر قوة واتضاحا والحاصل انه لا ينبغي للفقيه المناقشة في هذه الاخبار لا من جهة السند ولا الدلالة أما كان في ذلك كل ما يجبر السند ويؤيد الدلالة وأنهم ليكتفون في غيرها بأقل من ذلك في الخروج عن الاصل والقاعدة نعم لك ان تقول انها معارضة بخبر أبي المعزا وخبر أبي الربيع وخبر ابراهيم بن المثنى وخبر الحلبي وموثقة اسحق وقد سمعتها جميعها (ويجاب) بانا ان فرقنا بين الارض وغيرها وعملنا بهذه الاخبار كان لنا ان نقول بالجواز والكراهية فيها والحرمة في غيرها وليس ذلك بالبعيد وان لم نفرق كما هو الاقوى والاصح قلنا أن خبر الحلبي وموثقة اسحق قد تعارض صدرها وعجزها وفرق النهاية والاستبصار والكامل شاذ وكذلك خبر أبي المعزا وخبر أبي الربيع وخبر ابراهيم قد تعارض صدرها وعجزها وقد استظهرنا من كلام المختلف وكثير مما تأخر عنه ان العامل بعجزها معرض عن صدرها كما تقدم على أنها كلها معارضة بخبر الهاشمي ومرسل الفقيه والضعف منجبر اونقول ان هذه الاخبار مطلقة بعض في صدورها وبعض في اعجازها واخبارنا واجماعاتنا مقيدة لها ومن المعلوم ان الاجير مما لا يعمل فيه عملا يزيد في اجرته كما ان الغالب في الحانوت والمسكن والدار ذلك المستاجر ولا سيما اذا قلت المدة جدا ولهذا لم تقيد في هذه الاخبار ولا كذلك الارض فان الغالب فيها الاحداث لانه انما استاجرها لذلك فتأمل على أن الاخبار التي هذه حالها مع معارضة تلك الاخبار بل وأخبار مسئلة التقبيل وأكثرها صحيح صريح لنا أن نعرض عنها بالكلية أو نعمل ببعضها ونترك الآخر ولا حجر في ذلك ولا ضرر هذا اذا أردت الجمع بين

وكذا لو سكن البعض وأجر الباقي بالمثل أو الزائد (متن)

الاخبار وجريت بها على الاصول المقررة وقبلت ما حكوه من الاجماعات والشهرات وما حكاه المتأخرون عن المتقدمين وان اعرضت عن ذلك كله لما تراه من خلافه في جميع ما حكوه وأعرضت عن اخبار المنع لعدم وضوح سندها ودلالتها وقلت لمكان اعراضك عما حكوه أنه لا شهرة تعضدها وتقيم أودها سنداً ودلالة كان القول بالجواز متجها لا سيما مع وجود شهرة التذكرة لكنه انما يتم في غير الثلاثة اعني الحانوت والاجير والمسكن والبيت وان قبلت شهرة المسالك قلت بالمنع فيها خاصة وان اعرضت عنها لمعرفته ومن اعجاز أخبارها قلت بالجواز في الجميع لكن يبقى التأمل في شهرة التذكرة و يبقى الكلام في أمور أخر (الاول) أنه قد نقل في التذكرة عن الشيخ انه قال أنه لا يجوز أن يؤجر المسكن ولا الخان ولا الاجير بزيادة عما استأجره الا أن يوجره بغير الجنس أو يحدث ما يقابل التفاوت ولعله أراد ما يقابله في الجملة لا المساوات لانا لم نجد ذلك في النهاية والخلاف والمبسوط ومفاد الاخبار ما يصدق عليه العمل والحدث وهل يتناول الحدث كنس الدار وتنظيفها وغسلها الظاهر ذلك وحكي عن العامه أطباقهم على العدم (الثاني) أن اختصاص المنع بالجنس لا أثر له في الاخبار ولعله لذلك تركه الاكثر نعم نص عليه السيدان مستندين الى أن الربوا لا يدخل مع الاختلاف (ومن الغريب) ما في المختلف والايضاح وغاية المراد وجامع المقاصد وغيرها من نسبة ذلك الى القدماء قال في (الايضاح) وقال الشيخان والمرتضى وسلار والصدوق في المقنع وابو الصلاح وابن البراج في المهذب بالمنع مع اتحاد الجنس ومنعه ابن الجنيد معه في الربوي ونحوه ما في المختلف وقال في (جامع المقاصد) وقال الشيخان واكثر الاصحاب بالمنع مع اتحاد الجنس وجعل في المختلف والايضاح وغاية المراد وجامع المقاصد أول أدلتهم على ذلك أنه ربوا ونحوه ما في المسالك وذلك يقضي أنهم يخصون المنع بالجنس وقد عرفت أنه لم يصرح بذلك الا السيدان فلا معنى لنسبته الى الجميع واعجب منه قوله ما في الايضاح احتج الشيخ بانه ربوا والشيخ لم يحتج في الخلاف الا باجماع الفرقة وأخبارهم ولم يتعرض لذكر الجنس فيه ولا الربوا ولا في النهاية ولم يتعرض لاصل المسئلة في المبسوط والحكم عندهم جميعا على الظاهر ماعدا السيدين تعبدي وان تم ما نسب اليهم وما كان ليكون فلعلهم فهموا ذلك من لفظ الاكثر في الاخبار وفيه نظر أو دققوا النظر في وجه ورود الاخبار متضافرة بالمنع من ذلك مع أن الناس مسلطون على أموالهم وان قضية الاصل بعمانيه الثلثه الجواز مضافا الى قوله عز وجل ليس عليكم جناح أن تبتغوا فضلا من ربكم وان لا تقية تدعوا الى ذلك بناء على ما في الانتصار فلم يجدوا وجها لذلك الا أنه ربوا اذ الاصل عدم كونه محض تعبد وهذا هو الذي صدأ كثر المتأخرين عن القول بذلك قال في (المختلف) في رده أن الربوا انما يكون في بيع أحد المثلين بالآخر مع شرط الزيادة والكيل والوزن وقد قال الصادق عليه السلام في حسنة الحلبي لو أن رجلا استأجر داراً بعشرة دراهم وسكن بيتا منها وأجر بيتا منها بعشرة دراهم لم يكن به بأس ولا يؤاجرها به الا أن يحدث فيها شيئا واذا ثبت الربوا في الثاني ثبت في الاول انتهى (وفيه) أنهم لعلهم يقولون أنه في الثاني يكون عاوض العشرة بعشرين مثلا وفي الاول انما عاوض على البيت بعشرة على أنك قد عرفت أنا في غنية عن ذلك لان المعظم لم يستندوا الى ذلك ﴿ قوله ﴾ (كذا ولو سكن البعض وأجر الباقي بالمثل أو الزائد) كما في السرائر

وكذا لو تقبل عملا بشيء وقبله لغيره بأقل (متن)

وجامع الشرائع والتذكرة وجامع المقاصد والمسالك ومجمع البرهان ومعناه انه لو استأجر داراً مثلا بعشرة دراهم وسكن بيتا منها فانه يصح أن يؤجر الباقي بعشرة دراهم وبعشرين درهما والمخالف الشيخ في النهاية وكذا ابن حمزة في الوسيلة فلم يجيزا اجارة الباقي بالمثل ولا بالزائد ووافقهما على عدم الجواز في الزائد صريحا وفي المثل مفهوما المحقق في الشرائع والمصنف في التحرير والارشاد والمنع في الزائد هو قضية كلام الصدوق والقاضي فيما حكي عنه وفي (المسالك) نسبته الى الاكثر ولعل الشيخ ومن وافقه يستندون الى قوله عليه السلام في حسنة ابي المعزا وغيرها فضل الحانوت والبيت حرام والى غير ذلك من الاخبار وجوز الصدوق في المقنع والقاضي فيما حكي عنه اجارته أي الباقي بمثل مال الاجارة ولعلهما يستندان في ذلك الى حسنة الحلبي المتقدمة آنفا وفي (الشرائع والتحرير والارشاد) أنه يجوز اجارته بأكثر الاجرة با كثر مال الاجارة فظاهر المسالك اوصريحه نسبته الى الاكثر أيضا وقضيته أنه يجوز أن يؤجره بتسعة دراهم في المثال وأنه لايجوز بعشرة كما عرفت والظاهر أن المحقق الثاني والمقدس الاردبيلي لم يلحظا النهاية (وليعلم) أن من اعتمد في هذه المسائل على الروايا ينبغي أن لايجوز بالمثل أو الزائد وأما من اعتمد على الاخبار يجيء في كلامه وجهان فليلحظ ذلك ﴿ قوله ﴾ ﴿ وكذا لو تقبل عملا بشيء وقبله لغيره باقل ﴾ اي يجوز ذلك ويكون الفضل له كما هو خيرة جامع الشرائع والتذكرة والمختلف واللمعة وجامع المقاصد والمسالك والروضة والكفاية لاصالة الجواز وقال في (التذكرة) يدل عليه ماروا أبو حمزة في الصحيح عن الباقر عليه السلام قال سألته عن الرجل يتقبل العمل فلا يعمل منه ويدفعه الى آخر فيربح فيه قال لابأس وهذا الخبر هكذا رواه في السرائر عن التهذيب لكنه ليس له في التهذيب عين ولا أثر والظاهر أنه سهو وغفلة والامر فيه صعب لشدة الاختلاف في الحكم والخبر الذي رواه أبو حمزة هو ماورواه في التهذيب ومجمع البرهان والوافي جميعاً في الصحيح عن أبي حمزة عن أبي جعفر عليه السلام أنه سئل عن الرجل يتقبل بالعمل فلا يعمل فيه ويدفعه الى آخر فيربح فيه قال لا ولفظ البأس ساقط في الثلاثة وروى في (الكافي والوافي) في الصحيح عن محمد ابن مسلم عن أحدهما عليهما السلام أنه سئل عن الرجل يتقبل بالعمل فلا يعمل فيه ويدفعه الى آخر فيربح فيه قال لا الا أن يكون قد عمل فيه شيئا وروى في (التهذيب والسرائر ومجمع البرهان والوافي) عن محمد بن مسلم عن أحدهما عليهما السلام قال سألته عن الرجل الخياط يتقبل العمل فيقطعه ويعطيه من يخيطه ويستفضل قال لابأس قد عمل فيه وقد روى هذا الخبر في المختلف وغاية المراد عن أبي حمزة عن الباقر السلام قال سألته عن الرجل يتقبل العمل الحديث من دون ذكر الخياط ولا ريب أن هذا سهل والامر فيه سهل لعدم الاختلاف في الحكم ولا فرق عند المجوزين كما هو ظاهر عبارة الكتاب بين أن يكون المتقبل عمل فيه شيئا أم لا وبين كون مال القبالتين من جنس واحد أو من جنسين وقال في (النهاية) والصانع اذا تقبل عملا بشيء معلوم جاز له أن يقبله لغيره با كثر من ذلك اذا كان قد أحدث فيه حدثا ومراده بالاكثر الاقل (وحاصله) أنه له أن يقبله بالاقل مما تقبله ويستفضل لنفسه الباقي وقد أطال في السرائر في بيان هذه العبارة وتأولها بجعل من زائده أو للتبعيض ورجح الثاني وحكى في التذكرة عن الشيخ أنه قال لايجوز ذلك مع اتحاد الجنس فيهما الا أن يعمل فيه شيئا وهذا

واستيفاء المنفعة أو البعض مع فساد العقد يوجب أجرة المثل سواء زادت عن المسمي أو نقصت عنه (متن)

لم يذكره الشيخ ولا نقله هو عنه في المختلف ولا ابن ادريس ولا الشهيد في غاية المراد (وكيف كان) فالمنع خيرة النهاية والسرائر في ظاهرها المتأمل والتحرير والارشاد والشرائع وفيها انه أشهر وفي (المسالك والكفاية) انه المشهور وقد قيد المنع في الشرائع والارشاد والتحرير بما اذا لم يحدث فيه حدثاً وزاد في الاخير او يختلف الجنس وفي (الروضة) الاجماع على الجواز اذا أحدث فيه حدثاً وفي (اللمعة) أنه حينئذ لابحث وظاهر أخبار الباب وفتاوى الا كثر كما هو صريح بعضهم انه يكفي مطلق الحدث قل أو كثر ولولاان تكون هذه من سنخ ما تقدم ماصح له في الشرائع أن يقول انه اشهر لان المصرح بذلك قبله انما هو الشيخ في النهاية وقد خلت عن ذلك كتب المتقدمين عليه وحجتهم على ذلك صحيحة أبي حمزة فى النقل الصحيح وصحيحة محمد المروية في الكافي وبقية أخبار الباب وهي اربعة تدل عليه بالمفهوم وقد اعتضدت بما في الشرائع من نسبته الى الاشهر وكذا ما في المسالك والكفاية ولا ترجيح في غاية المراد والمفاتيح ولعل رجوع ابن ادريس الى القول بالمنع هنا لكثرة أخبار المسئلة وصحتها وقد أورد هو خمسة منها وهذا كله اذا لم يشترط عليه العمل بنفسه والافلابحث في المنع كما في غاية المراد ولا اشكال كما في الروضة (وليعلم) ان ظاهر أخبار الباب وكلام الاصحاب بل صريح بعضها ان المسئلة مفروضة في العمل المتعلق بالعين فلايدخل فيه مااذا استأجره على صلوة أو صيام ونحو ذلك والظاهر أنهما من سنخ المسئلة فيجيء فيها القولان

﴿ قوله ﴾ (واستيفاء المنفعة أو البعض مع فساد العقد يوجب أجرة المثل سواء زادت عن المسمى أو نقصت عنه) هذه قاعدة عبر عنها في الشرائع والارشاد والكفاية بان كل موضع يبطل فيه عقد الاجارة يجب فيه أجرة المثل مع استيفاء المنفعة أو بعضها سواء زادت عن المسمى أو نقصت عنه ونحو ذلك ما في النافع وهو قضية كلام المبسوط وغيره في عدة مواضع ولم يتأمل فيه احد سوى صاحب المفاتيح حيث نسبها الى القيل ولعله لان الشهيد استثنى منها صورتين أو لمكان اطلاقهم المتناول الجاهل والعالم كما يأتي بيانه وقد برهن عليها في جامع المقاصد والمسالك ومجمع البرهان والرياض بان البطلان يقضي برجوع كل عوض الى مالكه واذا استوفيت المنفعة امتنع ردها فيرجع الى بدلها وهو أجرة المثل وبيانه ان معنى بطلان المعاملات عدم ترتب أثرها فلابد من ارجاع المنفعة الى مالكها وهومتعذر وعدم الزام المستوفي لها بشيء ظلم ظاهر فلابد له من عوض والمال يتعين وجب الرجوع الى العرف وهو قاض بأجرة المثل فكانت هذه القاعدة مستفادة من القواعد المسلمة وقد قيدها الشهيد في حواشيه بما اذالم يكن الفساد باشتراط عدم الاجرة فى العقد اوعدم ذكرها فيه لدخول العامل على ذلك وقيدها مولانا المقدس الاردبيلي بما اذا كانا جاهلين (قلت) أما تقييد الشهيد فقد استحسنه في المسالك وكذا صاحب الرياض في الشق الاول وفي (جامع المقاصد) انه صحيح في العمل أما مثل سكنى الدار التي يستوفيها المستأجر بنفسه فان اشتراط عدم العوض انما كان في العقد الفاسد الذي لا أثر لما تضمنه من التراضي فحقه وجوب أجرة المثل ومثله ما لو باعه على ان لاثمن له ولو اشترط في العقد عدم الاجرة على العمل فعمل فلا شيء له لتبرعه بعمل (قلت) بل قد يدعى ان ذلك مراد الشهيد لقوله لدخول العامل على ذلك واستحسان صاحب

المسالك لكلام الشهيد بشقيه غير جيد كما ان كلام المحقق الثاني بشقيه غير جيد (اما الاول) فلان كلام الشهيدين انما يتم ان تم فيما اذا اشترط عدم الاجرة في متن العقد لا فيما اذا لم يذكرها أما الاول فلانه يرجع في مثل سكنى الدار الى العارية وان عبر عنها بلفظ الاجارة لان التصريح بعدم الاجرة أقوى من الظهور المستفاد من لفظ الاجارة والنص مقدم على الظاهر مضافا الى اعتضاده باصل البراءة وان العارية لا تنحصر في لفظ وانه يكتفى فيها بما دل على التبرع بالمنفعة ولكن قضية ذلك أن يكون قوله بعتك بلاثمن هبة لبين ماص فتدبر لان الظاهر عدم تمامية هذا لان الظاهر انه اذا أجره داره بلا أجرة فانما اراد نقل منفعتها اليه على سبيل اللزوم بطريق الاجارة وكذلك اذا باعه بلا ثمن وليس ذلك من العارية والهبة في شيء والمفروض أنهما جاهلان بفساد العقد فتثبت في الاجارة اجرة المثل وفي البيع القيمة ثم ان ذلك اذا لم يعلم منه انه قصد الحيلة والخدعة حتى تثبت له أجرة المثل لان كان المسمى قليلا كأن قال لاأجرك بهذا المسمى وانما اجرك من دون اجرة وهذا مما يرد على الشهيدين وقد يكون أراد الشهيد لو قلنا بتناول كلامه أي الدار فلك أنه ان شرط لعدم الاجرة في متن العقد يكون قد غره فلا أجرة عليه فليتأمل (وأما الثاني) وهو ما اذا لم يذكرها في العقد فلان عدم ذكرها لا يدل على التبرع بالمنفعة اذ قد يكون لنسيان أو لجهل واعتقاد انه مقرر أوانه معلوم أنه مع الاطلاق ينصرف الى العرف ثم ان الشهيد الثاني اعترض على المحقق الثاني في قوله ولو اشترط في العقد عدم الاجرة على العمل فلا شيء له لتبرعه بانه قد لا يكون متبرعا كما لو أمره المستأجر فانه حينئذ لا يتحقق التبرع الا مع عمل الاجير من غير سؤال والا فينبغي من عدم ذكر الاجرة ثبوت أجرة المثل كما هو شأن الآمر لغيره بعمل من غير عقد (قلت) لعله أشار الى الدلال والسمسار والغسال ونحوذلك وأنت خبير بانه كلام المحقق الثاني فيما اذا اشترط لا فيما اذا لم يذكر ولا يخفى أنه اذا قال لغيره أجرتك نفسي لاعمل لك اليوم من دون أجره فاما أن يكون عاقلا رشيدا غير خادع أوخادعا أوسفيها لا رأي له فان كان الاول فان كان غرضه ايصال منفعته اليه على أي وجه كان متبرعا سواء سأله المستاجر أن يعمل أولا لأنه لايتلفظ بهذا اللفظ الا وقد أراد المجاز وان كان من غرضه نقل منفعته اليه على سبيل الاجارة وارادة اللزوم اذ المفروض أنهما جاهلان ثبت له أجرة المثل بلا ريب وان كان الثاني ثبت له أجرة المثل لا المسمى كما تقدم مثله وان خلا عن هذين كان غير عاقل لاتجوز معاملته ومنه وما قبله يعلم حال اطلاق كلام المحقق الثاني بل يعلم وجه تقييد المقدس الاردبيلي بصورة جهلهما قال في (مجمع البرهان والرياض) ما حاصله انه مع العلم يصير العالم منهما كالمتبرع فيصير المؤجر كالمعير والمستأجر اذا سلم الاجرة مع علمه بفساد العقد كالواهب والاجرة يجوز له الرجوع فيها مادامت العين باقية والمدفوع اليه غير ذي رحم الا أن يكون العامل أو المؤجر قد علم انه حينئذ يكون له أجرة المال فيصير حينئذ كالجاهل (قلت) اذا فسد العقد في صورة ذكر المسمى كما أفصحت به القاعدة وكان منشأ الفساد غير عدم العقل أو البلوغ أو الرشد والاختيار أو عدم الملك على بعض الوجوه وقد علما فساده كانت معاطاة وأخذ المسمى وكذلك الحال اذا علما بعد العقد بالفساد واستمر رضاهما فانه ترجع الى المعاطاة أيضا نعم اذا كان الفساد انما جاء من عدم ذكر الاجرة أو اشتراط عدمها صار المؤجر كالمعير والمستأجر اذا دفع اليه الاجرة كالواهب واذا اختص المؤجر بالجهل كان له اجرة المثل كما اذا شاركه المستأجر فيه وان اختص المستأجر به كان له الرجوع بالاجرة ولو كانت العين

ثالثة أو كان المدفوع اليه رحما لأنها ليست حينئذ هبة وفي (مجمع البرهان) انه يفهم من كلامهم الضمان مع الجهل واليه اشار بقوله في الرياض والعين مضمونة في يد المستأجر مطلقا كما نسب الى المفهوم من كلمات الاصحاب قال ولعله لعموم الخبر بضمان ماأخذته اليد وربما يستشكل فيه في صورة جهله بالفساد لاناطة التكليف بالعلم وارتفاعه مع الجهل وهو كما ترى فان التلف في اليد من جملة الاسباب لا تختلف فيه صورتا العلم والجهل حين وجود السبب والتكليف برد البدل ليس حين الجهل بل بعد العلم بالسبب (ونحن نقول) ليس في كلمات الاصحاب في الباب مايفهم منه الضمان مع الجهل وقد سمعتها في صدر المسئلة وفي (التذكرة وجامع المقاصد) اذا كانت الاجارة فاسدة لم يضمن المستأجر العين اذا تلفت بغير تفريط لأنها عقد لا يقتضي صحيحه الضمان فلايقتضيه فاسده وحكم كل عقد فاسد حكم صحيحه في وجوب الضمان وعدمه فما وجب الضمان في صحيحه وجب في فاسده ومالم يجب في صحيحه لايجب في فاسده انتهى ونحوه ما يأتي في الكتاب وقد طفحت عباراتهم بهذه القاعدة وقد ادعى الاجماع عليها وهي معروفة بينهم من غير نكير وقد قال في مجمع البرهان بعد أربع قوائم ان الشرط الفاسد يبطل العقد ولا ضمان لانه قد تقرر عندهم ان مالا يضمن بصحيحه لا يضمن بفاسده ومثل ذلك قال في (الرياض) قبل ذلك بمقدار اربع قوائم تقريبا وعليه بنوا الضمان في البيع الفاسد والصلح وعدمه في الاجارة الفاسدة والوكالة والمضاربه والعارية ولعل الوجه في عدم الضمان في هذه العقود الفاسدة وتأصيل هذه القاعدة ان الاذن الضمني في التصرف باق أما فيما عدا الاجارة فظاهر واما في الاجارة فالعقد انما فسد فيها بالنسبة الى احكامها اللازمة لعقدها الصحيح كوجوب العمل ونحوه ولم يفسد بالنسبة الى الاذن وجواز التصرف وثبوت أجرة المثل وبالجملة لعقد الاجارة الصحيح اثار الاذن في التصرف وجوازه ووجوب العمل واستحقاق المسمى ففساده اذا فسد انما هو بالنسبة الى الاخيرين لان هذا هو الذي علمنا بفساده وعدم ترتبه على العقد الفاسد لا بالنسبة الى مطلق الاثر لعدم العلم بان فساد العقد يتناول ذلك ومرجعه الى أن العقد لم يبطل بالكليه والى هذا اشار في المسالك بقوله (فان قلت) أي فائدة في تسمية هذا عقدا فاسدا مع ثبوت هذه الاحكام واقامته مقام العارية وأراد بالاحكام ماذكره المحقق من ثبوت أجرة المثل حيث تبطل الاجارة وهو يقضي بجواز التصرف (قلت) فساده بالنسبة الى الاجارة بمعنى عدم ترتب أحكامها اللازمة كوجوب العمل لامطلق الاثر انتهى (قلت) لعله أخذ ذلك (قلت هذا مفهوم خ ل) من مواضع آخر مثل بطلان الوكالة بالتعليق وبقاء الاذن ولزوم أجرة المثل في المضاربة الباطلة لكن المشهور في الشركة الباطلة أنها تبطل من أصلها بمعنى بطلان الاذن لان العقد فيها عبارة عن الاذن وبتقرير آخر يتضح الفرق بين الاجارة الفاسدة والبيع الفاسد وهو أن هذا الرجل يريد أن يؤجر داره مثلا باجرة ويأذن في التصرف فيها علمنا ذلك من حاله ولكنه أخطأ الطريق كما اذا أراد أن يقول لزائره اهلا وسهلا ادخل فقال أهلا وسهلا اخرج فالاذن وجواز التصرف معلومان كارادة العوض المعلوم لكنا علمنا ان قصده ليس مقصوداً على الاجرة المعينة لانه من المعلوم ان أجرة المثل لو زادت عن الاجرة المعينة لرضي بها فغلطه أو خطاه وفساد عقده انما أثر بالنسبة الى الاخير فلما تصرف بالاذن كما عرفت وجب الرجوع الى مايحكم به العرف وهو اجرة المثل فيصح لنا ان نقول انما اذن المؤجر لتنتقل اليه اجرة وهي حاصلة على تقدير الفساد وعدمه ولا كذلك الحال في الاذن الضمني في البيع الفاسد اذ ليس لك أن تقول انا علمنا من حاله انه انما اذن في البيع لينتقل اليه ثمن وهو حاصل على التقديرين كما هو

ويكره استعمال الاجير قبل ان يقاطع على الاجرة وان يضمن مع انتفاء التهمة (متن)

ظاهر لانا علمنا من حاله انه يريد ان يبيع داره ويأذن في التصرف فيها ليحصل له الثمن المعلوم لاغيره وينتقل المبيع الى المشتري ولم يحصل شيء منها فلااذن الاعلى هذا النحو ولا كذلك الاجارة كما عرفت فاذا كان الاذن حاصلا في التصرف لم يدخل تحت عموم قوله صلى الله عليه وآله وسلم على اليد ما أخذت لانه انما هو في اخذ اليد من غير اذن كما تقدم الكلام فيه مسبقاً فلاضمان اذا كانا جاهلين وكذا اذا كان المؤجر عالما بالفساد فانه لا ضمان من وجهين للاذن ولرجوعه حينئذ الى العارية عند بعضهم كما عرفت وفي صورة العكس يكون المستأجر ضامنا ظالما غاصبا على احتمال وهو الذي استظهره في مجمع البرهان فليتأمل جيدا لانه لايوافق ماتقدم ﴿ قوله ﴾ ﴿ ويكره استعمال الاجير قبل ان يقاطع على الاجرة ﴾ كما في الشرائع وجامع الشرائع وغيرهما وفي (مجمع البرهان) ان الظاهر عدم الخلاف في ذلك وأنه لم يظهر له قائل بالتحريم وفي (النافع واللمعة والروضة والرياض) انه يستحب ذلك وهو على الظاهر معنى ما في النهاية والسرائر من انه ينبغي انلايستاجر الانسان احدا الا بعد أن يقاطعه على أجرته فان لم يفعل ترك الاحتياط وفي (الرياض) ان الامر به في المعتبرة منزل على الاستحباب بلا خلاف (قلت) في الاستحباب نظر اذ ليس هناك الاخبران احدهما صحيح والآخر غير صحيح وقد اشتمل على المبالغة في النهي والزجر وليس فيها امر لكنه تبع بذلك الروضة لان الاستحباب في الارشاديات انما يكون ان قلنا به اذا كان هناك امر محافظة على امتثال الامر ورجوعه بالآخرة الى الآخرة يقضي بان كل المعاملات مستحبات لعودها كذلك وقد حررنا ذلك في محله واوضحناه في باب القصاص ففي رواية مسعدة بن صدقة عن ابي عبد الله عليه السلام من كان يؤمن بالله واليوم الآخر فلا يستعملن أجيراً حتى يعلمه ماأجره وهي محمولة على المبالغة مؤكدة لعدم القائل بالتحريم فيماأجد وفي صحيحة سليمان بن جعفر الجعفري أن مولانا الرضا عليه السلام ضرب غلمانه وغضب غضباشديدا حيث استعانوا برجل في عمل وما عينوا له أجرته فقال له سليمان جعلت فداك لم تدخل على نفسك فقال عليه السلام قدنهيتهم عن مثل هذا غيرمرة وهي تدل على جواز ضرب الغلام بعد المخالفة والتعصب لذلك وحسن الاجتناب عما يقبح وان لم يكن مستحبا والوجه في ذلك ماقاله عليه السلام لسليمان اعلم انه مامن احد يعمل لك شيئا من غير مقاطعة ثم زدته لذلك الشيء ثلاثة أضعاف على اجرته الا ظن انك قد نقصته أجرته (قلت) وان ظن ذلك واعتقده خاصم ونازع وثارت فتنة ونعم ما قال في الكفاية ان الكراهية مؤكدة ﴿ قوله ﴾ ﴿ وان يضمن مع انتفاء التهمة ﴾ كما في الشرائع والتحرير والحواشي واللمعة وجامع المقاصد والمسالك والروضة والكفاية وهو معنى قوله في النهاية لا ينبغي لاحد أن يضمن صانعا شيئا الا يتهمه انتهى وغير الصانع مثله كما يعطيه اطلاق غيرها (وقال الصادق عليه السلام) في خبر داوود بن سرحان في رجل حمل متاعا على رأسه فاصاب انسانا فمات وانكسر منه هو ضامن وهو صحيح في بعض طرق الفقيه والتهذيب وقال أيضا عليه السلام في صحيحة أبي بصير في الحال يكسر الذي يحمل أو يهريقه ان كان مأمونا فليس عليه شيء وان كان غير مأمون فهو ضامن ونحوه ما في خبره أيضا لكنهما أي خبرا أبي بصير لاعامل بهما وقد حمل التفصيل فيهما على التفريط وعدمه صاحب المسالك وكاشف اللثام ولا ثالث لهما فيما اجد علما منهما ان خبر داود غير صحيح فلا يعارض الاصول وقد عرفت أنه

صحيح معتضد باجماع الانتصار وفتوى المعظم كما بيناه في باب الديات وقال أيضا عليه السلام في خبره أيضا لا يضمن الصائغ ولا القصار ولا الحائك الا أن يكونوا متهمين وقال أيضا عليه السلام في خبر بكر بن حبيب لا يضمن القصار الا ما جنت يداه فان اتهمته أحلفته ونحوه خبره الآخر في الجبتاني ذهبت بزعم القصار وفي توقيع الفقيه عليه السلام في مكاتبة الصفار في الثوب الذي ضاع هو ضامن الا أن يكون ثقة مأمونا وقد قل من عمل به جداً ومثله خبر محمد بن علي بن محبوب وفي خبر حذيفة ابن منصور الوارد في الجمال الذي ضاع منه حمل قال فيه عليه السلام يتهمونه (قلت) لا قال لا يغرمونه ومثله خبر الحجاج بن خالد الوارد في الملاح الذي تقص منه الطعام وفي (جامع المقاصد) ان عبارة المصنف أولت بوجهين (الاول) أن يشهد شاهدان على تفريطه فانه يكره تضمينه اذا لم يكن متهما (الثاني) لو نكل عن اليمين وقضينا بالنكول كره تضمينه مع عدم التهمة كذا قيل وقال وينبغي أن تقول اذا لم يقض بالنكول يكره تضمينه باليمين المردودة وهذا اذا قلنا بعدم التضمين الا بالتفريط أما على ما يراه كثير من الاصحاب من تضمينهم الا مع ثبوت ما يقتضي العدم فظاهر لان الاجير اذا لم يكن متهما يكره تضمينه اذا لم تقم البينة بما يسقط الضمان وربما فسر ذلك بكراهية اشتراط الضمان وليس شيء لفساد حينئذ انتهى ونحن نقول هنا مسئلتان (الاولى) ان أصحاب الصنائع يضمنون ما يتلف بفعلهم والجمال ملحق بهم لما عرفت من الاخبار (والثانية) ما يتلف بغير فعلهم بغير تفريط والضمان في الاولى محل وفاق ولو كان حاذقا متهما بالاغفال والمساهلة والتفريط أم لا بل الظاهر أن لا مجال هنا لاحتمال الكراهية لخلو الاخبار عنه عدا مرسل الفقيه ولانه عندهم ضامن على كل حال وأما الثانية ففيها خلاف والمشهور عدم الضمان الا أن تقوم البينة بتفريطه كما يأتي بيان ذلك كله ان شاء الله تعالى وما نسبه الى الكثير في جامع المقاصد تبعا للحواشي فلعله لم يصادف محله والظاهر ان من تعرض للكراهية في مسئلتنا انما أرادها في المسئلة الثانية بل كاد يكون ذلك صريح الحواشي وجامع المقاصد والمسالك والروضة بل هو صريحها لانه لا يحتاج في الاولى الى شهادة الشاهدين على تفريطه لكنه في المسالك في التفسير الرابع خلط معها المسئلة الاولى وهو خلط بل لعل الاصل في هذا الفرع كلام الشيخ في النهاية وملاحظة ما قبله تعطي أنه فرضه فيما اذا تلف بغير فعله وهو الذي دلت عليه الاخبار التي تقدم ذكرها (اذا تحرر هذا) فعد الى ما في جامع المقاصد فقوله ينبغي أن تقول الى آخره غير سديد لان المستأجر لا يمكنه الحلف الا اذا كان عالما بالسبب الذي يوجب الضمان ومع فرضه لا يكره تضمينه لاختصاص الكراهية بعدم تهمته فكيف تيقن ضمانه وكذلك الحال فيما اذا اقام شاهداً بالتفريط فانه لا يمكنه الحلف الا مع العلم ومنه يعلم حال الوجه الثاني الذي حكاه في جامع المقاصد فانه لا يصح له تحليفه حتى يحصل منه النكول أو عدمه الا مع تهمته (وليعلم) ان التأول بالوجهين للشهيد في الحواشي ويبقى الكلام في تصوير الوجه الاول فانه قد ذكره الشهيدان في الحواشي والمسالك والروضة والمحقق الثاني فانه يصير حاصله على ما هو صريح النهاية والشرائع واللمعة حيث قيل فيهما ويكره أن يضمن الا مع التهمة على نحو ما في النهاية وقد سمعت عبارته وعلى مفهوم عبارة الكتاب أنه يكره له أن يضمنه اذا قامت البينة على تفريطه الا مع التهمة بتقصيره وتفريطه على وجه يوجب الضمان وهو كما ترى متناقض على ظاهره فلا بد من حمل التهمة والتفريط الثاني على الطمع فيها والعدوان وان ذلك له شأن بمعنى أنه أهملها ليأخذها السارق لما لان كان رفيقه أو صديقه أو نحو ذلك ولك أن

﴿ المطلب الثالث ﴾ في المنفعة وشروطها ثمانية (الاول) ان تكون مباحه فلو استأجر بيتا ليحرز فيه خمرا اودكانا ليبيعه فيه (متن)

تقول لا تناقض لان المراد اذا قامت البينة على تفريطه فلا يخلو اما أن يحصل لك ظن بتهمته وتفريطه أو لا فان حصل وضمنته فلا كراهية وان لم يحصل كره فتأمل (وقد يقال) ن الظاهر من كلامهم ان المراد يكره أن يحاول تضمينه بالبينة ونحوها اذا تلفت العين بغير فعله اذا كان ثقة مأمونا غير متهم ومن البعيد تفسير كلام القائل بعدم التضمين وهم المتعرضون لهذا الفرع وتنزيله على كلام القائلين بالتضمين كالمفيد والسيد كما استوجهه بعض المحشين ﴿ قوله ﴾ ﴿ المطلب الثالث في المنفعة وشروطها ثمانية الاول ان تكون مباحة فلو استأجر بيتاً ليحرز فيه خمرا أو دكانا ليبيعه فيه ﴾ هذا قد اسبغنا الكلام فيه محررا في باب المكاسب بما لم يوجد في كتاب والخمر مؤنث سماعي فالاولى تأنيث الضمير ولنشر الى ذلك هنا على سبيل الاجمال فنقل عبارة الكتاب هنا عبارة الخلاف والمبسوط والكافي والمهذب والغنية وجامع الشرائع والشرائع والنافع والتذكرة والتحرير والارشاد وجامع المقاصد والمسالك ومجمع البرهان والكفاية والرياض وفي (الخلاف والغنية) الاجماع على ذلك أي عدم الصحة وزاد في الاول أخبارهم بل الاجماع على ذلك هو الظاهر من اجماع كشف الحق بقرينة مقابلته بقول ابي حنيفة ومرادهم انه اذا صرح في عقد الاجارة أنها لذلك وهو صريح جامع المقاصد وما ذكر بعده وظاهر جميع ما ذكر قبله بل كاد يكون صريح الشرائع والتذكرة بل هو صريحهما في آخر كلاميهما وفي (مجمع البرهان) نسبته الى ظاهر الاصحاب ولاشك في دلالة الآية الكريمة والعقل عليه مضافا الى خبر جابر اوصابر وهو على الاول قوي معتبر لان الظاهر ان جابرا هو المكفوف الممدوح وان عبد الله هو ابن سنان وان عبد المؤمن ثقة سأل الصادق عليه السلام عن الرجل يؤاجر بيته يباع فيه الخمر قال حرام أجره وتحريم الاجر مستلزم لتحريم العقد وبطلانه لان الظاهر رجوع التحريم والنهي الى العين بمعنى عدم صلاحيتها للانتفاع والانتقال اذ من المعلوم ان الفرض أن هذا الانتفاع غير محلل فلا يصلح للاجرة ولا ينتقل عن مالكه مضافا الى فهم الاصحاب حيث عبروا بعدم الصحة وعدم الانعقاد والاستقراء الموجب لذلك ولو على سبيل المظنة لتلبة ذكر حرمة الاجرة في بيان بطلان المعاملة بل الخبر يدل على اكثر من ذلك وهو اجارته لا لذلك بل ممن يعلم أنه يبيعه فيه فتأمل وقال في (الشرائع) وربما قيل بتحريم اجارة البيت وانعقاد الاجارة لامكان الانتفاع به في غير المحرم واوردهو عليه بان ذلك لم يتناوله العقد ومعناه ان المفروض ايجاره لهذه المنفعة فلا يجوز التعدي لو صحت الاجارة وهذا القول لم نجد لاحد منا به ولا حكاه غيره وقد حكاه في الخلاف عن أبي حنيفة والشافعي قالا العقد صحيح ويعمل فيه غير ذلك من الاعمال المباحة دون ما استؤجر له وحكى نحوه الشهيد عن ابن المتوج قال انه قال اذا باع حيث يحرم فالعقد صحيح ولا تنفل عما تقدم لجماعة من انه اذا استأجر دابة لمكان معين جاز له أن يستعملها في غيره اذا كان مثله أو اسهل ويمكن الفرق بينهما بان هناك من قبيل الداعي والباعث وهنا قد اشترط ذلك عليه وفرق بين الشرط والباعث فتأمل وأما لو أجره ممن يعمل ذلك وهو لا يعلم بذلك فلا منع ولا بطلان لكنه يجب عليه المنع حين العلم من باب النهي عن المنكر ان وجدت الشرائط ومع ذلك يستحق الاجرة وان لم يستعملها المستأجر حتى مضت المدة وأما لو أجره ممن يعلم أنه يعمل ذلك فقد قطع

و اجيرا ليحمل اليه مسكرا سواء كان لمسلم او لكافراوجارية للغناءاوكلبالصيدلهوا اوناسخا ليكتب كفرا او غناء اواستأجر الكافر مسلما للخدمة (متن)

المقدس الارديبلي وشيخنا في الرياض بالمنع هنا لاستلزام الجواز الاعانة على الاثم المحرم كتابا وسنة واختصاص النصوص المجوزة على تقدير سلامتها من الطعن بالبيع خاصة ولا وجه للتعدية غير القياس المحرم (قلت) هو جيد ان قصد الاعانة وان لم يشترطها والاهادال على الجواز والصحة كما هوالمشهور الاصل المستفاد من العمومات وأخبار الباب وأخبار البيع والمناط منقح بل الاولوية عرفيةوقدجعلوهما في باب المكاسب من سنخ واحد وقد تقدم في وجوب تعيين مقدار الاجرة عن المختلف وغاية المراد والمهذب البارع والمسالك ان الطريق متحد و بنحو ذلك قالوا في مسئلة ان الاجرة كالثمن مضافا الى استمرار السيرة على بيع المطاعم والمشارب للكفار والعصاة في شهر رمضان مع العلم بانهم يأكلون وعلى بيعهم بساتين العنب والنخيل مع العلم العادي بجعل بعضه خمرا وعلى معاملة الملوك فيما يعلمون صرفه في الظلم والاسر والبطر والباطل وتقوية الجند على انا قد ندعي عدم حصول العلم اليقيني الا نادرا بل على تقدير حصوله لايكون باعثا على التحريم في غير الدماء والاعراض وان وجب النهي عن المنكر مع شرائطه ونعم ما قال في مكاسب جامع المقاصد من أنه لو تم هذا القول لمنعنا أكثر معاملة الناس وتمام الكلام في باب المكاسب فلا بد من الرجوع اليه ﴿ قوله ﴾ ﴿ أو أجيرا ليحمل اليه مسكرا ﴾ أي لم تصح الاجارة كما في الخلاف والمبسوط والمهذب والشرائع والتذكرة والتحرير وجامع المقاصد ومجمع البرهان وكذا المسالك وقد قال في الاول دليله ما قلناه في الاولى يريد اجماع الفرقة واخبارهم ولا أجد ذلك فى أخبارنا فهي أخبار مرسلة يجبرها العمل ويعضدها الاجماع والعقل لان الظاهر انه ذكر ذلك في العقد أو قبله ولا ريب انه يجوز استئجاره لريقه او لتخلله ﴿ قوله ﴾ ﴿ سواء كانت لمسلم أو كافر ﴾ كما هو قضيةاطلاق الفتاوى واجماع الخلاف وأخباره والمنع في المسلم ظاهر وأما اذا كانت لكافر فلان المسلم لا يجوز أن يكون اجيرا لكافر عند المصنف وجماعة وحمله الخمر حرام لغير الاراقة والتخليل ومع ذلك فخمر الكافر انما تكون محترمة اذا لم يتظاهر بها بين المسلمين فان أظهرها فلا حرمة لها ﴿ قوله ﴾ ﴿ او جارية للغناء ﴾ كما في التذكرة ووجهه ظاهر وهو المستفاد من فحوى أخبار الباب وهي كثيرة (١) ﴿ قوله ﴾ ﴿ او كلبا للصيد لهوا ﴾ لتحريم غايته ﴿ قوله ﴾ ﴿ او كاتبا ليكتب له كفرا اوغناء ﴾ الوجه فيهما ظاهر و بالاول صرح في التذكرة ومثله مافيه مظالم العباد وكذا استئجار آلات اللهو والقمار ونحو ذلك من المحرمات ولو كتب الغناء للجارية لتغني به في الاعراس اوكان بحق جاز عند من يجوزه ﴿ قوله ﴾ ﴿ او استأجر الكافر مسلما ﴾ كما اسبغنا الكلام فيه في باب البيع وقد ملنا هناك الى الجواز سواء كانت في الذمة او على عين لمكان اجماع الخلاف والاخبار الواردة في اجارة امير المؤمنين عليه السلام نفسه الشريفة واجارة سيدة النساء عليها السلام نفسها الطاهرة عليها السلام ونزلنا فتاوى الاصحاب على العبد المسلم واحتملنا تنزيل اجارةسيد الوصيين وسيدة النساءعليهما السلام على المعاطات

(١) والمراد مالم يكن بحق أو في الاعراس أعني النكاح دون غيره بشروطه ان جوزناه (منه قدس سره)

او مصحفا للنظر فيه لم يصح (الثاني) ان تكون مملوكة اما بالتبعية كمالك العين او بالاستقلال كالمستأجر فلا تصح اجارة الغاصب ولو عقد الفضولي وقف على الاجارة (متن)

لانه حينئذ لا لزوم فلا مانع ولا ريب في كراهية اجارته نفسه له ليخدمه كما ان الظاهر كراهية اجارة الفاطمي نفسه لخدمة غير الفاطمي واستوفينا الكلام في المسئلة (١) ﴿ قوله ﴾ ﴿ او مصحفا للنظر فيه لم يصح ﴾ قد قالوا في باب الرهن أن حكم المصحف كحكم العبد المسلم في الارتهان وجوزوه اذا لم يكن تحت يد كافر والحق هنا المنع كما هو خيرة جامع المقاصد لمنافاته لتعظيمه الا ان يشترط عليه ان يكون في يد المسلم ﴿ قوله ﴾ ﴿ الثاني أن تكون المنفعة مملوكة اما بالتبعية كمالك العين او بالاستقلال كالمستأجر ﴾ ونحو ذلك ما في الشرائع والتحرير والارشاد والروض ومجمع البرهان والكفاية والمفاتيح وفي (الدائم) أن تكون مملوكة لموجر أو لمن يوجر عنه ليشمل الولي والوكيل والوصي والحاكم ولعل المراد بالملك في كلامهم السلطان وجواز التصرف ليدخل اجارة الاربعة والمال الموقوف على القول بعدم ملكه الا أن تقول انه مالك المنفعة والوجه في الجميع ظاهر ومعنى ملك المنفعة بالتبعية لمالك العين انه يملك المنفعة لكونها تابعة لملك العين والمراد بملكها بالاستقلال أنه يملكها وحدها من دون العين كالمستأجر والموصى له بمنفعتها ﴿ قوله ﴾ ﴿ فلا تصح اجارة الغاصب لانه غير مالك ولا مأذون لكن تقع موقوفة على الاجازة كبيعه ﴾ ﴿ قوله ﴾ ﴿ ولو عقد الفضولي توقف على الاجازة ﴾ وبه صرح في التحرير وما بعده عدا الاخيرين وقد استحسنه في الشرائع ونقل القول بالبطلان ولعله أشار الى من قال ببطلانه في البيع فيكون هنا أولى لمكان ورود الخبر في البيع دون الاجارة وهم الشيخ في الخلاف والمبسوط وسلار وابن زهرة وابن ادريس وأشار الى ما في الغنية والسرائر من قولهما في المقام لايجوز ان يوجر مالا يملك التصرف فيه لعدم ملك أو اذن وقد تأمل في صحته المولى الاردبيلي لعدم الدليل عليه غير رواية عروة وهي في الشراء والبيع. لا ترجيح في الكفاية وكذا جامع المقاصد (ونحن نقول) انه غير مخالف للاصول بل هو عقد صدر من اهله في محله في بيع وغيره وقد ثبت في النكاح بالادلة القاهرة فيثبت في البيع بالاولوية مع وضوح أدائه أيضاً من خبر عروة والموثق وكل من قال به في البيع قال به في غيره ولا قائل بالفصل كما في شرح الروضة والتتبع يقضي به وتمام الكلام في محله و بقي هنا شيء وهو انه احتمل في جامع المقاصد بطلان عقد الفضولي هنا ووجهه بقبح التصرف في مال الغير بغير اذنه وفيه نظر من وجوه (الاول) ان قضيته ان عقد الفضولي حرام في بيع أو نكاح ولم يقل به أحد الا ما حكاه ابن ابي المجد الحلبي اليوسفي الآبي عن شيخه المحقق الثاني ان اجراء الصيغة على مال الغير وان أمره موكول اليه لا يعد تصرفا عرفا وقد صحح هو وغيره بيع الغاصب اذا كان المشتري جاهلا مع انه لم يكله الى المالك بل هو بنفسه صححه ان كان عالما والظاهر أنهم استندوا الى ان المحرم استيلاؤه لا لفظه والا لما صح لان النهي عن المعاملة يقتضي الفساد وصححوا بيع المحجور عليه لفلس اذا وفي غيره بالمال وبيع الراهن من دون اذن المرتهن اذا فكه والاخبار والاجماعات في نكاح العبد من دون اذن السيد معلومة (فان قلت) كما صححوا هذه العقود قالوا انه لا يجوز للراهن والمحجور عليه

---

(١) كذا في نسختين ولعل الصواب في المسئلة هناك او في تلك المسئلة (مصححه)

ولو شرط المالك المباشرة لم يكن له ان يؤجر وان فعل وسلم العين حينئذ ضمن ويجوز مع عدم الشرط ان يؤجر لمثله أو أقل ضرراً سواء كان قبل القبض او بعده وسواء كان المستأجر هو المؤجر او غيره ويضمن العين بالتسليم (الثالث) ان تكون مقومة فلو استأجر تفاحة للشم (متن)

التصرف من دون الاذن بيع ولا وقف ولا عتق (قلت) لعل مرادهم مع التصرف الفعلي أو مرادهم من دون اذن أو مايقوم مقامها وهو الاجازة وان تأخر العلم بها (فان قلت) قد عدوا اجراء صيغة البيع فى زمن الخيار تصرفا وان كان البيع فاسداً (قلنا) مرادهم هناك انه كشف عن الرضا وان لم يكن تصرفا حقيقة اذ المدار فى ذلك على ذلك وتمام الكلام فى بيع الفضولي وكيف كان فهذا الشرط غير بقية الشروط اذا كان شرط اللزوم ﴿ قوله ﴾ ﴿ ولو شرط المباشرة لم يكن له أن يؤجر فان فعل وسلم العين حينئذ ضمن ويجوز مع عدم الشرط أن يؤجر لمثله أو أقل ضرراً سواء كان قبل القبض أو بعده وسواء كان المستأجر هو المؤجر أو غيره ويضمن العين بتسليمه ﴾ هذا كله الا قوله سواء كان المستأجر هو المؤجر أو غيره قد تقدم الكلام فيه عند قوله وكذا اجارة العين المستأجرة ان لم يشترط التخصيص فلا بد من مراجعته لتعرف حال ماقاله في جامع المقاصد هنا لأنه قال اذا استوفى المنافع بوكالته فلاضمان قطعاً وقد قلنا هناك لم يتضح لنا وجهه وقال يحتمل قوله أن يؤجر لمثله أن يكون المراد لركوب مثله مثلا أو يؤجر لمثل العمل والاحتمال الثاني تتبعنا كلام الاصحاب فيه وحققنا ماتقتضيه الادلة فيه وقلنا المنع فيه على المبسوط والتحرير وموضع من التذكرة وقال هنا في شرح قوله سواء كان قبل القبض أو بعده بخلاف البيع فانه يحرم أو يكره وهو على اطلاقه غير صحيح لان ذلك انما هو في بعض أفراد المبيع وهو المكيل والموزن وقد نقل الاجماع على الجواز في غيرهما من دونهما أي الكراهة والتحريم وأما قول المصنف سواء كان هو المؤجر أو غيره فقد نبه به على منع بعض الشافعية من استئجار المؤجر لانه يملك المنفعة بالتبعية فلا يتصور ملكها بسبب آخر لانه اذا استأجر ثم اشترى العين يجب أن تنفسخ الاجارة وقد عرفت الحال في ذلك وانه يصح الشراء بعد الاستئجار ﴿ قوله ﴾ ﴿ الثالث أن تكون مقومة ﴾ هذا الفرع من منفردات الكتاب والتذكرة وهو مما لاريب فيه عندهم لكنهم لم يذكروا له عنواناً ومعنى كونها مقومة أن يكون لها قيمة عند أهل العرف سواء كان الغالب ذلك أو احتيج الى ذلك في بعض الاحيان فكانت لها قيمة حينئذ كما هو قضية اطلاق العبارة والتذكرة وقد قيدها في جامع المقاصد بالمالية فقال أن يكون لها قيمة غالباً وهو ينافي مايأتي له من الضابط كما ستعرف ﴿ قوله ﴾ ﴿ فلو استأجر تفاحة للشم ﴾ أي ففي الجواز نظر وفي (الايضاح) ان الاصح البطلان في التفاحة الواحدة وهو قضية كلام التذكرة حيث منع من استئجار الورقة الواحدة من الريحان وقضية كلام التحرير بالاولوية حيث منع من استئجار الورود والرياحين للشم وقد صرح في التذكرة بان الاوراق لو كثرت حتى قصدت بالشم وصح تقويمها جاز استئجارها وهو ظاهر الايضاح قال وانما قال المصنف تفاحة لان الصحة في الكثير أظهر لصحة استئجار المسك والرياحين للشم ومن التفاح ماهو أطيب من كثير من الرياحين أما التفاحة الواحدة فلا تقصد للشم فيكون استئجارها كشراء الحبة من الحنطة فهما مخالفان لاطلاق التحرير ولصريح جامع المقاصد حيث قال ان المانع ليس وحدة التفاحة بل كون مثل هذه المنفعة لم يثبت لها قيمة عرفا بحيث تقابل

او طعاما لتزيين المجلس أو الدراهم او الدنانير (متن)

بمال بخلاف المسك فحينئذ يكون اختيار الشارح الفرق بينهما لايخلو من شيء انتهى (قلت) قد جعل المدار في التذكرة والايضاح على صحة التقويم وقصد الشم بمعنى فرض المنفعة فالنزاع بينهما و بين المحقق الثاني يرجع الى موضوع فمناقشة جامع المقاصد لعلها لم تصادف محلها وأطلق في الحواشي والمسالك الجواز والصحة مع فرض المنفعة وجعل الضابط في الاخير وجامع المقاصد ان المنفعة التي يحسن عرفا مقابلتها بمال يجوز استئجار العين المشتملة عليها دون غيرها وقد ترك قيد الغلبة في هذا الضابط في جامع المقاصد وقد أخذها في تعريف المقومة كما عرفت والمصنف تردد من انتفاء قصد هذه المنافع وعدم صحة تقويمها كما سمعته عن التذكرة ومن انها منافع قد يحتاج اليها فيصح تقويمها ومعناه انا لا نعلم انها مقصودة مطلوبة له قد احتاج اليها المستأجر لتقوية قلبه مثلا أو نحوه فيحسن عرفا مقابلتها بمال فتكون مقومة أو انه استأجرها عبثا لالحاجة كما هو ظاهر الحال فيها وفيه فلاتكون مقومة فصار الحاصل ان النظر ينشأ من التردد في كونها مقومة أم لا فلم يتجه قوله في جامع المقاصد ان التردد في كونها مقومه أم لا أولى مما قاله المصنف لانه لو تم أي ما قاله المصنف وجب الجزم بعدم الصحة لانا نسأله عن وجه الشك والتردد في كونها مقومة أم لا وماهو الا ماذكرناه في بيان معنى قول المصنف وقد حكم الشهيدان بالصحة على تقدير فرض المنفعة وحكم المحقق وغيره كما ستسمع في الدراهم والدنانير بذلك على تقدير فرض ذلك فكان كلام المصنف أدق وأتقن وقوله ولهذا لا تضمن منفعتها بالغصب في توجيه الشق الاول أراد به ان ظاهر الحال عدم الحاجة اليها والضمان في الغصب مبني على ظاهر الحال ولو فرض انه أوجب طبه الطبيب شم التفاح أو السفرجل كما يقع كثيراً فاستأجر ذلك وغصبه غاصب ضمن منفعتها عند المصنف ثم ان هذه العلة وقعت في التذكرة في المقام وفي (السرائر والايضاح) في مثله كما ستسمع وفي (جامع المقاصد والمسالك) ان في هذا التعليل نظراً لان ضمانها بالغصب فرع تقويمها وهو موضع النزاع (ونحن نقول) قد تقدم في باب الغصب أن الغاصب انما يضمن أجرة العين التي لها منفعة وتستأجر لتلك المنفعة كما نص عليه في غصب المبسوط وغيره بل ظاهر التذكرة الاجماع عليه قالوا فيخرج الشمع والمنز والاشجار حيث لامنفعة لها قلت والتفاحة والدراهم والدنانير ونحو ذلك حيث لامنفعة لها ﴿ قوله ﴾ ﴿ او طعاما لتزيين المجلس ﴾ اي في الجواز نظر وخيرة التذكرة والتحرير وجامع المقاصد العدم لان ذلك ليس بمنفعة مقصوده وفي (الحواشي) أن الظاهر الصحة مع فرض المنفعة والظاهر أنهم لايختلفون في ذلك مع ذلك و يتصور حصول المنفعة فيها اذا علم انه يمر عليه فلان ويرى خوانه ومائدته فيستحي منه و يخجل اذا رأى خوانه ليس عليه الا خبز الشعير والبصل فيستأجر خوان أخيه بما فيه ليراه اذا مر عليه ثم يرده اليه وتلك منفعة عظيمة عند أصحاب المروآت والبيوتات العالية كما ستسمع مثله في الدراهم والدنانير ﴿ قوله ﴾ ﴿ او الدراهم والدنانير ﴾ اي في الجواز نظر ولا ترجيح ايضا في الايضاح والجواز خيرة الخلاف والمبسوط وستسمع عبارتيهما والشرائع والتذكرة والتحرير والارشاد والمختلف والحواشي وجامع المقاصد والروض ومجمع البرهان وفي (السرائر) في اول كلامه والمسالك انه قوي وفي (مجمع البرهان) أنه لاشك في ذلك لو حصل منهما نفع مقصود محلل (قلت) لاريب في حصول

والشمع لذلك او الاشجار للوقوف في ظلها (متن)

ذلك لانهما مما يتزين بهما النساء وتتجمل ويدفع الرجل بهما عن نفسه الفقر ظاهرا حتى كان الائمة الطاهرون عليهم السلام يقترضون أموالهم ويظهرونها للناس بل يدفعونها الى عمال الصدقة مظهرين انها زكاة أموالهم ويظهر بذلك ضاهر ومن جهة نفعها نثرها في الاعراس ونحوها ثم تجمع والضرب على سكتها والوزن بها وقد يلوح من الشرائع التردد فيما قد يتوهم باديء بدء كما وقع ذلك لصاحب المسالك حيث قال في الشرح ان تحققت لها منفعة حكمية مع بقاء عينها مهو اما شاك في وجودها أو في الاعتداد بها ولعل شيئا منهما لم يكن بل غرضه أن الجواز حيث يتحقق لها منفعة كما مثلنا وكما قدمناه آنفا من أنه قد تدعو الحاجة الى ذلك والا فما كان لينكر فعل الائمة عليهم السلام وكما يحصل دفع الفقر واظهار الغنا بالقرض يحصل بالاستئجار ونحو ما في الشرائع عبارة المختلف وكذا الحواشي حيث قال مع فرض المنفعة وقال في (الخلاف) اذا استأجر دراهم أو دنانير وعين جهة الانتفاع بها كان على ماشرط وصحت الاجارة وان لم يبين بطلت وكانت قرضا ونحوه ما في المبسوط وقال في (السرائر) بعد نقل ذلك ولو قلنا أنه تصح الاجارة سواء عين جهة الانتفاع أو لم يبين كان قويا ولا يكون قرضا وأطال الى ان قال والذي يقوى في نفسي بعد هذا جميعه انهما لاتجوز اجارتهما لانهما في العرف لامنفعة فيهما الا اذهاب أعيانهما وأيضا فلا خلاف في انهما لايصح وقفهما ولو صحت اجارتهما صح وقفهما ثم أنه نقل في آخر الباب كلام الخلاف وقال انه غير واضح واستدل على ذلك بعدم صحة وقفهما وعدم ضمان منفعتهما بالغصب وقد اعترضه في المختلف بالمنع من الملازمة بين الوقف والاجارة فان الوقف تصح اجارته ولايصح وقفه وبالمنع من عدم الزام الغاصب الاجرة (قلت) لا نرى مانعا من صحة وقفهما للزينة بعد فرض وجودها فيهما ونفي الخلاف في السرائر مستنبط من اجماع المبسوط على المنع بناء على أنه لامنفعة لهما الا اتلافهما أو من قولهم لايصح الوقف فيما لامنفعة له الا باتلافه واتلافه وقد استشكل في ذلك المصنف في الكتاب وولده ومال المحقق الثاني الى الجواز وهو الاصح ثم ان المنع الثاني بالتوجيه الذي ذكرناه في محله على ما تقدم لنا آنفا وقد عرفت ان مالا يستأجر لما لايضمن الغاصب أجرته فكلاهما في ذلك في غير محله وأما المنع الاول ففيه ان ابن ادريس يقول أن العين من حيث هي هي لامع قيد كونها موقوفة ولا مؤجرة لو صحت اجارتها صح وقفها وذلك لاينافي قولنا العين اذا كانت موقوفة لايصح وقفها وتصح اجارتها وهذا لاينافي قولنا كل عين من حيث هي هي تصح اجارتها يصح وقفها لتغاير الموضوع اذ هو في الاول مقيد بشرط الوقف والثاني بشرط لاشيء واستوضح ذلك في قولنا الجسم بشرط كونه ابيض لايقبل البياض ويقبل التحرك وقولنا الجسم من حيث هو يقبل البياض والحركة فانه لامنافاة بين القولين فيتأمل والاولى نقض الملازمة بالحر المولى عليه فانه تصح اجارته ولا يصح وقفه الا أن يقال أن مراده العين المملوكة وتنقض بام الولد فتأمل ﴿ قوله ﴾ ﴿ او الشمع لذلك ﴾ اي تزيين المجلس وفي جوازه نظر وفي (التحرير) أن الاقرب المنع وجوزه في المسالك وكذا المصنف في التذكرة والشهيد في الحواشي مع فرض المنفعة فيه والمحقق الثاني ان صح مقابلته بمال وقد عرفت الحال في مثله ﴿ قوله ﴾ ﴿ أو الاشجار للوقوف في ظلها ﴾ اي في جوازه نظر وجزم به في التذكرة والمسالك وكذا الشهيد مع فرض المنفعة والمحقق

ففي الجواز نظر ينشأ من انتفاء قصد هذه المنافع ولهذا لا تضمن منفعتها بالتصب وكذا لو استأجر حائطا مزوقا للتنزه بالنظر اليه اما لو استأجر شجرا ليجفف عليها الثياب او يبسطها عليه ليستظل بها فالوجه الجواز (الرابع) انفرادها بالتقويم فلو استأجر الكرم لثمره او لنتاجها أو صوفها أو لبنها لم ينعقد لما يتضمن من بيع الاعيان قبل وجودها والاستئجار انما يتعلق بالمنافع (متن)

الثاني ان صح مقابلته بمال ﴿ قوله ﴾ «ففي الجواز نظر ينشأ من انتفاء قصد هذه المنافع ولهذا لا يضمن منفعتها بالتصب» قد تقدم الكلام في بيان ذلك ﴿ قوله ﴾ «وكذا لو استأجر حائطا مزوقا للتنزه بالنظر اليه» اي يجيء فيه النظر وقد جزم بالمنع من اجارته واجارة البناء المحكم في الخلاف والمبسوط ووجهه في الخلاف بأنه عبث والمنع منه قبيح فاجرته قبيحة وجوز ذلك في السرائر والتنقيح اذا كان الغرض التعلم كما يجوز اجارة كتاب فيه خط جيد للتعلم منه واستحسنه في المسالك وتردد فيه في الشرائع ورجح المصنف في المختلف كلام الشيخ لأنها منفعة ليس للمالك منعها كالاستظلال بالحائط ولا كذلك الكتاب لان المستأجر يتصرف فيه بالقبض والتقليب بخلاف الحائط (وفيه) انه قد يكون التزويق الى جهة ملك المالك وفي داخل داره كما هو الغالب فلا يكون كالاستظلال بحائط الغير وما سبق من كلام الجماعة آت هنا وأحاله في جامع المقاصد على ما سبق وفي (المسالك) انه منعه الشيخ وجماعة والدين تعرضوا من عرفت وقد قدمنا أن قاعدة كلما تصح اعارته تصح اجارته مقومة على مذهب الشيخ لان ما علل به المنع من الاجارة أي القبح غير جار في العارية ﴿ قوله ﴾ «اما لو استأجر شجرا ليجفف عليها الثياب أو يبسطها عليها ليستظل بها فالوجه الجواز» كما في المبسوط والتذكرة والتحرير وجامع المقاصد وفي (المبسوط) انه لا خلاف في الجواز فيهما ووجهه ان هذه المنفعة مقومة مقصودة للعقلاء والحاجة تدعوا اليها وقال في (الايضاح) ان الاقوى البطلان لان الاستئجار لا تقصد لهذه الاغراض ولعدم حمل الشارع لها قيمة على الغاصب والموجود عندنا من نسخ الكتاب وفيها المعربة الصحيحة وفيها المحشاة يجفف ويبسطها عليها بالفعل المضارع فيهما ولعل ما عثر عليه من نسخة صاحب جامع المقاصد بسطها المحتمل للمصدر والفعل الماضي فقال في بيانها وتأويلها ﴿ قوله ﴾ «الرابع انفرادها بالتقويم» هذا الشرط من متفردات الكتاب وهو أيضا مما لا ريب فيه عند الاصحاب لكنهم لم يذكروا له عنوانا ولعله اكتفى عنه في التذكرة بذكر الثالث الذي قد جعله فيها اولا ومعنى انفرادها بالتقويم كون المنفعة وحدها ذات قيمة من دون ضميمة عين اليها وهو مما لابد من اعتباره لان مورد الاجارة انما هو المنفعة التي ليست بعين فلو لم يكن للمنفعة وحدها قيمة لم تصح الاجارة لان القصد بها نقل المنافع بعوض كما هو واضح لكنه يغني عنه اشتراط كونها مقومة بل قد استغنى الجماعة عنهما معا بالتعريف وباشتراط كون المنفعة مملوكة معلومة مقدورا على تسليمها لان النسبة الناقصة تدل على النسبة التامة فقولك جاء غلام زيد يدل على ان لزيد غلاما ثم انه لم يتضح لنا تفريع ما فرعه عليه كما ستعرف ﴿ قوله ﴾ «فلو استأجر الكرم لثمرة والشاة لنتاجها أو صوفها أو لبنها لم ينعقد لما يتضمن من بيع الاعيان قبل وجودها والاستئجار انما يتعلق بالمنافع» كما

ولو استأجر الظئر لارضاع الولد مع الحضانة جاز والاقرب جوازه مع عدمها (متن)

ذكر ذلك كله في التذكرة وقال قبل ذلك في أول الباب ان الاقوى ان المعقود عليه في الاجارة انما هو المنافع دون الاعيان وجزم في التحرير بعدم الانعقاد في استئجار الكرم للثمرة واستشكل في استئجار الغنم والابل والبقر للبنها وصوفها وشعرها ووبرها وقال قد روى أصحابنا جواز أخذ الغنم بالضريبة مدة من الزمان وسيقرب في الكتاب جواز استئجار الشاة لارضاع سخلة وقد تقدم لنا ترجيح استئجار الشاة للحلب لمكان صحيحة عبدالله بن سنان وحسنة الحلبي واطلاقات الفتاوى والاجماعات المستفيضة على ان كل ما تصح اعارته تصح اجارته فلما كانت المسئلة غير قطعية وكان التأمل فيها مجال وكان احمد والشافعي يذهبان الى ان الاجارة بيع ونوع منه أرادت بقطع الشبهة من أصلها فاستدل على عدم الانعقاد بوجهين (الاول) أنه بيع بلفظ الاجارة (والثاني) انه بيع الاعيان قبل وجودها أما الاول فلانه تضمن نقل العين ولا يكون ذلك في الاجارة فلا ينعقد بيعا لكونه بلفظ الاجارة ولا اجارة لكون المتعلق عينا وأما الثاني فلان القائل بانها بيع يقول بانها بيع منفعة لا بيع عين وعلى تقدير التسليم فهي هنا بيع الشيء قبل وجوده وهما أي احمد والشافعي لايجوزانه فلا يتجه قوله في جامع المقاصد ان في التعليل مناقشتين (احدهما) ان هذه الاجارة لاتتضمن بيعا لكنها لما اشتملت على نقل العين لم تنعقد لان لكل عقد حداً لايتعداه (الثانية) ان قوله قبل وجودها غير محتاج اليه ولا ينبغي لانه يقتضي ان المانع من الصحة هو مجموع الامرين مع ان الاول وحده كاف في المنع عندنا نعم فيه مناقشة من وجه آخر وهو ان ذلك لايرتبط بالشرط المذكور وهو كون المنفعة مقومة بانفرادها لانه ليس في الامثلة منفعة استؤجر لها ولا قيمة لها بدون العين اذ المستأجر لاجله هو الثمرة والنتاج وهما عينان فلعل الاولى ان يقول فلا يصح استئجار الغنم والمراد تبليغ اللبن والصوف على رأي ولا استئجار المطاعم للاكل ونحو ذلك ﴿قوله﴾ ﴿ولو استأجر الظئر لارضاع الولد مع الحضانة جاز﴾ اجمع اهل العلم على جواز استئجار الظئر كما في التذكرة وفيها أيضا الاجماع على جواز استئجارها للرضاع والحضانة معا والحضانة دون الرضاع وقد قال الله عز وجل فان أرضعن لكم فآتوهن أجورهن وقد استرضع النبي صلى الله عليه وآله وسلم لولده ابراهيم عليه السلام ورد ما استدل عليه بانه قد تدعو الحاجة اليه لكن ذلك لايوجب الانحصار في الاستئجار لامكان الصلح ونحوه ﴿قوله﴾ ﴿والاقرب جوازه مع عدمها﴾ أي الحضانة كما هو خيرة المبسوط والتذكرة والتحرير والحواشي والايضاح وجامع المقاصد وهو معنى ما في الخلاف والسرائر والشرائع وجامع الشرائع وغيرها اذا آجرت المرأة نفسها للارضاع باذن الزوج صح وفي الاولين نفي الخلاف عنه بل يستدلون على جواز الاجارة ومشروعيتها بالآية الشريفة مضافا الى ماسيأتي لهم ان شاء الله تعالى في مطاوي أحكام المرضعة والمرتضع وموت أحدهما الى غير ذلك ولان الآية الكريمة نص أو كالنص في ذلك لان المراد منها سقي اللبن قطعا كما في جامع المقاصد وقد اطلق الله سبحانه وتعالى اسم الاجر على ما يقابل ذلك فوجب أن يكون الاستئجار لذلك جائزا فلا وجه لاحتمال المنع لانه مخالف للاصل لتناوله الاعيان ومع ذلك فهي مجهولة وغير موجودة اذ كم من أصل خرجنا عنه للنص والمنافع في كل الاجارات معدومة مجهولة وقد حاول في جامع المقاصد فيما يأتي جعل الاستئجار للرضاع والصبغ موافقا للاصل فقال ولو قيل ان المستأجر عليه هو الفعل الذي لا يعلك عن اتلاف اللبن

الحاجة (متن)

وهو ايصال اللبن وتلويث الثوب في الصبغ فتكون العين تامة ولا تخرج الاجارة عن مقتضاها أمكن وقد أخذه من التذكرة قال في الاستدلال على صحة العقد على الرضاع دون الحضانة مع محاولة موافقته الاصل ثم الذي يتناوله عقد الاجارة بالاصالة الاقرب أنه فعل المرأة واللبن مستحق بالتبعيه كالنمر تستأجر ليستقي منها الماء والدار تستأجر وفيها بئر فانه يجوز الاستقاء منها ذكر ذلك في موضعين منها وهو الذي حققه وله في المقام فقال ان الآية يفهم منها ذلك لأنها دلت على الفعل وتناول اللبن ويرد ذلك كله أنه قال في جامع المقاصد ان من المعلوم القطعي ان الركن الاعظم هو اللبن وهذا بمعنى الاجماع فكيف يكون المقصود الاصلي والركن الاعظم تابعا للتابع وقد قرب في التحرير والكتاب فيما يأتي ان شاء الله تعالى ان المستأجر عليه نفس اللبن لا الفعل واللبن تابع وهو الذي قربه في الايضاح فيما يأتي في أول كلامه وهو الظاهر من كلام الباقين وقد سمعت أنه ادعى العلم القطعي بانه الركن الاعظم ولحتمل في الايضاح فيما يأتي ان المعقود عليه الفعل احتمالا ثم قال ولو قيل ان المعقود عليه كلاهما كان حسنا وبذلك عبر في الحواشي وقد استحسنه في جامع المقاصد وفي (المسالك) أنه أجود ويرد هم جميعا خصوصا المحقق الثاني ان ذلك خلاف ما هو المعلوم القطعي لأنهما اذا كانا مقصودين مع انه لم يكن اللبن هو الركن الاعظم فلعل قد نقول انه يؤول الى أن يكون اللبن تابعا له لانه وحده من دون حمله ووضعه في حجرها في فيه قليل القيمة جدا وتلك كثيرة فتأمل ولا كذلك لو كان هو المقصود بالذات وتلك مقدمات وقد استدل المصنف فيما يأتي والتحرير على أن المعقود عليه نفس اللبن باستحقاق الاجر عليه بانفراده دون الافعال بانفراده (واعترضه في جامع المقاصد) بانا لا نسلم استحقاق الاجرة باللبن بانفراده مالم تصيره المرضعة في معدة الصبي ولا يلزم من عدم استحقاق الاجرة بالامور الباقية بانفرادها استحقاقها في مقابلة اللبن وحده لم لا يجوز ان يكون في مقابلة الجميع انتهى فتأمل فيه جيداً لان الاعتراض الثاني ساقط جداً لان المصنف رتب الحكم على الامرين معاً والاول كما ترى ويرد على التذكرة بالتنظير بالبئر انه منع فيها من استئجارها هذا وثمرة الخلاف بين الاقوال الثلاثة ظاهرة لاتخفى على أن هذا الاحتمال والخلاف والتأويل انما نشأ في الشافعية والمتقدمون من اصحابنا لايعرفونه قال في (التذكرة) أن الاختلاف بين المختلفين يعني من الشافعية في صحة هذا العقد انما هو اذا قصر الاجارة على صرف اللبن الى الصبي وقطع عنه وضعه في الحجر ونحوه وهو انما يجيء على قول العامة المجوزين نقل الاعيان بالاجارة وأما عندنا فيجب ان لايختلف الحال بين ادخال ذلك وعدمه لان هذا الفعل وحده غير مقصود من دون اللبن بل المقصود انما هو اللبن انتهى وهو لايكاد يلتئم فليتأمل فيه وسيأتي له في بحث الآدمي ان الحضانة لاتدخل في الارضاع اذا استأجرها له ويأتي له في الفصل الثالث في الاحكام ان الاقرب ان استئجار كل من الحضانة والرضاع لا يستتبع الآخر لانهما منفعتان متغايرتان غير متلازمتين فلا تدخل أحدهما في الاخرى كما صرح بذلك في التذكرة وغيرها ﴿ قوله ﴾ (الحاجة) قد استدل بها أيضا في التذكرة والايضاح وفي (جامع المقاصد) لاينبغي أن يجعل دليلا لان مطلق الحاجة لايجوز مالا يجوز نعم يناسب أن يكون سر الشرعية الحكم (قلت) قد جعل الشهيد الحاجة كالمشقة دليلا على شرعية الحكم ولم يقتصر على جعلها سر الشرعية قال الحاجة قد تقوم سببا مبيحا في المحرم لولاها كالمشقة وقد كان عد في قاعدة المشقة وقاعدة دفع الضرر ماله دليل سواها ومالا دليل له سواها وكم

وهل يتعدى الى الشاة لارضاع السخلة الاقرب ذلك وكذا يجوز استئجار الفحل للضراب على كراهية (متن)

من حكم كثرت فيها الحاجة مع قيام الادلة على خلافه قال الشهيد قال الشيخان واتباعهما وأبو الصلاح ان الطبيب يبرء من الضمان لو ابرأه المريض أو وليه لمسيس الحاجة اليه فانه لا غناء عن العلاج وادعاء الطبيب انه يضمن توقف فوجب أن يشرع الابراء (والتحقيق) ان الحاجة على قسمين ظاهرة وخفية (فالظاهرة) مرجعها الى حكم العقل بها مباشرة بان يحكم على الشارع بانه يقبح التكليف بها لانها عسر وحرج وضرر ومشقة وقد قال ما جعل عليكم في الدين من حرج فالعقل حاكم أما بواسطة وعد الشارع أو مستقلا بقبح التكليف العادي بما لا يتحمل عادة وغالبا أغلب الناس اذ لا عبرة بالنادر الا أن يرد من الشارع التكليف بها لمصالح لا يصل اليها الا بعد تنبيه عليها كالحج والصوم في الصيف وثبات الواحد للعشرة ونحو ذلك (والخفية) هي المصلحة والوسيلة الى جلب النفع الى النفس ودفع الضرر عنها في الدنيا والآخرة وهذه لا يدركها العقل الا بعد البيان فيقطع انها كالاولى بل اشد (فالاولى) هي التي تجوز مالا يجوز وتأبى على خلاف الادلة بعد استقرارها كأكل الميتة واساغة اللقمة بالخمر وانقاذ الغريق بمال الغير والماء الحريق به وأكل مال الغير في المخمصة الى غير ذلك كاخذ البراءة الطبيب لكن هذه قد يدوم الاختلاف بين الفقهاء في افرادها فبعضهم يقول انها مما لا يحكم العقل بها وليست من العسر والحرج فلا تترك لها الادلة وبعضهم يقول بانه يحكم بها (فيها خل) حكما جازما (والثانية) هي التي شرعت لها الاحكام الشرعية ومرجعها الى حفظ مقاصد الخمس العقل والدين والنفس والمال والنسب وتسمى بالغرض والحكمة العائدة الى المكلف فالاستئجار للارضاع لحفظ الولد هل هو من الاولى أو من الثانية حتى يكون كالبيع والصلح والعارية والوديعة والاجارة لغير ذلك الظاهر أنه من القسم الاول كاخذ البراءة فتأمل (١) ﴿قوله﴾ ﴿وهل يتعدى الى الشاة لارضاع السخلة الاقرب ذلك﴾ كما في الايضاح للحاجة وهو ان تم فانما تم اذا كان لارضاع الطفل ولم يرض بالصلح ونحوه أولا يسلم بصحة ذلك واما في السخلة فيمكن المنع وقوى في جامع المقاصد العدم وقد يظهر من التذكرة حيث ذكره في حجة العامة كالمسلم وقد عرفت الحال فيما تقدم آنفا من أنه يجوز استئجارها لبنها مطلقا ﴿قوله﴾ ﴿وكذا يجوز استئجار الفحل للضراب على كراهية﴾ وليس محرما عند علمائنا كما في التذكرة وجامع المقاصد وبه نهاية الاحكام وعدنا كما في عصب السرائر والشرائع وفي الاول أنه مذهب أهل البيت عليهم أفضل الصلاة والسلام وان ما قاله في المبسوط من انه لا أجرة له لان النبي صلى الله عليه وآله وسلم نهى عن كسب الفحل هو حكاية مذهب المخالفين فلا يتوهم متوهم اعتقاده انتهى ومعقد اجماع التذكرة على الامرين معا أعني الكراهية وعدم التحريم وقد صرح بعدم الكراهية هنا وجامع (في جامع خل) الشرائع وجمع المقاصد وقال في (التذكرة) وينبغي أن يوقع العقد على العمل ويقدره بالمرة والمرتين وقال بعض العامة يوقع العقد على المدة (وفيه) أنه اذا قدر بمدة تزيد على العمل لم يمكن استيفاؤها وان اقتصر فيها على مقداره ربما لا يحصل العمل فيها الا أن يكتري فحلا لاطراق ماشية كثيرة فان منفعته تقدر بالزمان لا بعدد المرات وقد أسبغنا الكلام في ذلك في آخر المكاسب وباب الغصب فليلحظ أيهما شاء من أراد الوقوف على

---

(١) لانه انما يتم اذا انحصر الامر في الاستئجار (منه قدس سره)

وفي جواز استئجار البئر للاستقاء منها اشكال ويجوز استئجار الاطياب للشم وان قصت اعيانها بخلاف الشمع للاشعال والطعام للاكل واجارة الحمام للبث فيه واستعمال الماء تابع للاذن (متن)

أطراف المسئلة ﴿ قوله ﴾ ﴿ وفي جواز استئجار البئر للاستقاء منها اشكال ﴾ الاولى المنع كما في التذكرة وكذا الحواشي وفي (جامع المقاصد) انه الاقوى لأنه نقل للعين وقال في (الايضاح) ان الاقوى الجواز كالحمام لمكان الضرورة وهو خيرة التذكرة في موضع آخر ومما ذكر يعلم وجها الاشكال وقال في (الحواشي) كلما تمتنع اجارته لكونه لايقبل المعاوضة اذا قصدت بالذات بطلت الا الارضاع والحمام انتهى فتامل فيه و بعموم ذلك صرح في جامع المقاصد قال فاذا استأجرها مع شيء آخر وشرط دخول الماء مدة جاز انتهى وهو ينافي ما جعله ضابطا في أول البيع من أن الشرط في صحة بيع التابع أن لايكون مقصوداً وفي (التذكرة) لو استأجر الدار وفيها بئر ماء جاز الاستقاء منها للعادة ودخول الماء بالتبعية وقال لو استأجر قناة فان قصد موضع جريان الماء جاز وكان الماء تابعا يجوز الانتفاع به انتهى وقد تقدم في باب المكاسب والبيع ماله نفع في المقام من جهة البيع ومن جهة التبعية(١) ﴿ قوله ﴾ ﴿ ويجوز استئجار الاطياب للشم وان قصت أعيانها ﴾ كما في جامع المقاصد اذ هي كالثوب اذا استأجره للبس فانه ينقص منه بعض الاجزاء بالاستحقاق وقد سمعت ما في التحرير وغيره آنفا ﴿ قوله ﴾ ﴿ بخلاف الشمع للاشعال والطعام للاكل ﴾ ظاهر التحرير الاجماع على عدم جواز استئجارها لذلك بان يرد المتخلف واجرته وثمن التالف وهذان هما اللذان يناسب تفريعهما على هذا الشرط ﴿ قوله ﴾ ﴿ واجارة الحمام للبث فيه واستعمال الماء تابع ﴾ كما في جامع الشرائع وقد سمعت ما في الايضاح والحواشي وجامع المقاصد ولا ترجيح لها في الآخرين ومن الغريب تركهما لمنظم التعرض له قال (الشهيد في الحواشي) هذا جواب عن سؤال مقدر تقريره انك منعت من استئجار الشمع للاشعال لذهاب عينه فيلزمك بطلان استئجار الحمام للاغتسال لذهاب عين مائه (فاجاب) ان الاستئجار للبث والماء تابع للاذن فيه عادة فان العادة مستمرة على اراقة الماء وهو يقضي بانه يملك الماء وهو خلاف ما تقدم له ولغيره واضطرب كلامه في التذكرة ففي موضع منها قال ان بعض الاعيان قد يتناولها عقد لاجارة للحاجة والضرورة كاستئجار الحمام المشتمل على استعمال الماء واتلافه فقد اعترف بان استئجاره للدخول واراقة الماء وقال بعد اثنتين وثلاثين ورقة هل المدفوع الى الحامي ثمن الماء ويتطوع بحفظ الثياب واعارة السطل أو المدفوع أجرة الحمام والسطل وأما الماء فانه غير مضبوط حتى يقابل بالعوض ولم يتعرض للبث أصلا ونحن نقول يرد على مافي الكتاب (أولا) انا ما ندري كيف يوقع عقد الاجارة فانه اذا أجره الاول داخل كيف يتصور اجارته للآخر فتدبر وقد يمكن تصوره بان يقول له أجرتك هذا الحمام أو هذا المكان لتنتفع به ساعة مثلا بحيث لاتمنع غيرك من الانتفاع به أيضا كما اذا أجر الدابة للعقبة وكما اذا أجره الدابة لمجرد الركوب من دون أن يحمل

(١) وتقدم لنا في باب البيع انه ليس المدار في التبعية على التبعية الحسية اذا كان التابع مقصودا كالبذر في الارض ولا على ما أخذ شرطا ولم يؤخذ جزأ وانما المدار على عدم القصد للذات فاذا كان التابع الذي لايصح بيعه ولا اجارته غير مقصود للذات ولا ملحوظ بالنظر صح بيعه واجارته تابعا حسيا أو غير تابع وانما خرج عن ذلك بيع الآبق (منه قدس سره)

(الخامس) امكان وجودها فلو استأجر ارضا للزراعة ولا ماء لها بطلت أما لو لم يبين الزرع انصرف الى غيره من المنافع ولو كان نادرا (متن)

عليها شيئا أو شرط المؤجر أن يحمل عليها ماشاء مما لا يضر بالمستأجر الى غير ذلك (وثانيا) انه يجب حينئذ تقدير المدة ولم يذكرها المصنف والطريقة مستمرة على خلافها الا أن تقول ان الذي استمرت عليه الطريقة انما هو في المعاطات وهي لا يشترط فيها ذكر الاجل لكن ذلك لايدفع الايراد عن المصنف (وثالثا) ان الغرض الاقصى المطلوب بالذات انما هو الماء فكيف يفرض تابعا ولم يبين انه يملك أم يباح وقد صرح بكل واحد جماعة كما مر (وليعلم) انه حيث لا يكون هناك صيغة يكون الدخول واللبث من باب معاطات الاجارة واتلاف الماء من باب معاطات البيع كما هو الشأن فيما اذا دفع للسقا فلسا فناوله الماء في طاسة فان الماء من باب معاطاة البيع والطاسة من باب معاطاة لاجارة أو العارية كما صرحوا بذلك في ذلك ﴿ قوله ﴾ (الخامس امكان وجودها فلو استأجر أرضا للزراعة ولاماء لها بطلت) كما في التحرير وجامع المقاصد والتذكرة في مواضع منها وكذلك اذا كان فيها ماء لاينحسر عنها اجماعا في الغنية أو كانت الزراعة ممكنة لكن العادة غرقها لاما اذا كان نادراً والوجه فى ذلك ظاهر ولو كانت تسقى بالامطار غالبا أو بالفرات أو بالنيل صحت اجارتها كما ذكر مجموع ذلك في التذكرة والتحرير والارشاد والوجه في ذلك وان كان في امتناع الماء ممكنا ان الظاهر فيه الحصول لأنه يكفي الظن في صحة هذا العقد كالسلم في الفاكهة الى أوانها والا لبطلت أكثر العقود فلايلتفت الى مقالة القفال من ان السقي مجوز عنه في الحال والماء المتوقع لايعلم حصوله وبتقدير حصوله لايعلم هل يحصل في الوقت الذي تمكن الزراعة فيه أم لا فلا ريب ان احتياج الساقية الى التنقية لايخل بصحة الاجارة وكذا حفر الساقية القريبة السهلة الحصول ﴿ قوله ﴾ (أما لو لم يبين الزرع انصرف الى غيره من المنافع ولو كان نادرا) أي لو لم يبين الزرع ولا ماء لها انصرف الى غيره ولو كان غير قصد الزرع نادراً بالاضافة الى قصد الزراعة لا أن المنفعة نادرة غير مقصودة واليه أشار في التذكرة بقوله ولو أجرها لا للزرع ولا للغرس بل اطلق وكانت مما ينتفع بها في غيرهما فانه يصح العقد وقال في موضع آخر منها فيما اذا لم يكن لها ماء ولايطمع في سوقه اليها انه لايحتاج الى التصريح بذلك كأن يقول أجرتك الارض التي لاماء لها لأنه يقوم علم المتعاقدين مقام التصريح بنفيه وحكى عن بعض الشافعية انه لابد من الصرف باللفظ لان العادة في مثلها ان تنصرف الى الزرع لانه أغلب وجوه الانتفاعات بالارض (والحاصل) أن للارض التي يندر حصول الماء لها اربع حالات (الاولى) أن يستأجرها على أن لاماء لها مصرحا بذلك ولاريب في الجواز لانه ينتفع بها في النزول والسكنى ووضع الحطب وربط الدواب وان كان المقصود الغالب استئجارها للزرع (الثانية) أن يكون المتعاقدان عالمين بالحال فان علمهما يقوم مقام التصريح بعدم الماء ونفيه (الثالثة) أن يستأجرها مصرحا بالمنافع التي هي غير الزرع وهذه كالاولين صحيحة وله الزرع على القول بان المنفعة لاتتعين (الرابعة) أن يستأجرها مطلقا من غير تعيين المنافع ولا اشتراط لعدم الماء مع كونه غير عالم بحالها فاما ان يكون سوق الماء اليها ممكنا مرجوا اولا فعلى الاول في صحة الاجارة وجهان وقرب فى التذكرة الجواز وليس كذلك لكن يتخير المستأجر ان كان سوق الماء اليها يحتاج الى زمان طويل وعلى الثاني فى صحة الاجارة

وكذا لو استأجر عبداً مدة يعلم موته قبل انقضائها أو استأجر أعمى للحفظ أو أخرس للتعليم أو استأجر حيواناً لعمل لم يخلق له ويمتنع حصوله منه كما لو استأجر الشاة للحرث او للحمل أما لو استأجر ما يمكن منه وان لم يخلق له جاز كالابل للحرث والبقر للحمل (السادس) القدرة على تسليمها فلو استأجر الآبق منفرداً لم يصح (متن)

وجهان اصحهما العدم لان المنفعة المطلوبة عرفاً معدومة وهذا القسم خارج عن موضوع المسئلة وانما متعنا ان يكون المراد ان المنفعة نادرة غير مقصودة ليوافق ما سبق للمصنف ﴿ قوله ﴾ ﴿ وكذا لو استأجر عبداً مدة يعلم موته قبل انقضائها ﴾ أي فان الاجارة تبطل للجهل بزمان الاجارة وبه صرح في جامع المقاصد ومثله مالو أجره أرضاً مدة يعلم موتها وانقطاع الماء عنها فيها ويلزم على هذا أنه لو أجر من يقطع بموته عادة كالمطعون بسهم او رمح مدة معلومة يقطع بموته قبلها ان لاتصح اجارته على القول ببطلانها بالموت وقد قال جماعة بصحة البيع والشرط فيما لو شرطا أجلاً يعلمان موتهما قبله كما لو شرطا تأخير الثمن او الانتفاع بالمبيع الف سنة فتأمل ولم يفرقوا بين مايبقى وغيره (وكيف كان) فالاصحاب اطلقوا جواز الاجل المضبوط وهذا كذلك لكن ماذكره هنا يوافق ماتقدم حكايته عن الارشاد من أن الولي اذا أجر الصبي مدة يدخل فيها البلوغ بالسن بطلت الاجارة كما نبهنا عليه هناك لكن الجماعة هناك مطبقون على الصحة لكنهم بين قائل بانه يتخير الصبي وبين قائل بمضيها عليه وانه ليس له فسخها وقضية القول بالتخيير هناك أن لاتبطل هنا وتوزع الاجرة فيرجع المستأجر بنسبة ما بقي بعد الموت كما لو أجر حصته وحصة شريكه مدة معينة فان للشريك أن يجيز بعضها ويفسخ في البعض الآخر مع مافيه من الجهالة فليلحظ ومما يشبه ماهنا أنه لو اجره الفصيل الذي لايحمل ولايصلح للحمل مدة يحصل فيها صلاحيته له فانها لاتصح لمكان الجهالة بمدة الانتفاع ﴿ قوله ﴾ ﴿ أو استأجر أعمى للحفظ أو أخرس للتعلم ﴾ أو مقطوع اليدين للكتابة وذلك في الاعمى حيث يكون الحفظ موقوفاً على وجود البصر وتكون الاجارة على العين لا في الذمة ﴿ قوله ﴾ ﴿ أو استأجر حيواناً لعمل لم يخلق له ويمتنع حصوله منه كما لو استأجر شاة للحرث أو حمل ﴾ الوجه فيه ظاهر ويصح في الحمل فتح الحاء وكسرها مصدراً أو اسماً ﴿ قوله ﴾ ﴿ أما لو استأجر مايمكن منه وان لم يخلق له جاز كالابل للحرث والبقر للحمل ﴾ كما في التذكرة لانها منفعة مقصودة يمكن استيفاؤها من هذا الحيوان ولم يرد الشرع بتحريمها ولان مقتضى الملك جواز التصرف والانتفاع به في كل مايمكن تحصيله منه وقد حكى في التذكرة انه في بعض البلدان يحرثون على الابل ﴿ قوله ﴾ ﴿ السادس القدرة على تسليمها ﴾ في الغنية الاجماع على ان القدرة على التسليم شرط في صحة الاجارة وقال في (مجمع البرهان) لا شك في اشتراط كون العين المستأجرة مقدورة التسلم في الجملة والظاهر عدم الخلاف فيه ويدل عليه العقل والنقل انتهى وهذا الشرط وان ترك ذكره في المبسوط والسرائر والشرائع وغيرها الا انها ذكر فيها انه لايصح استئجار الآبق ﴿ قوله ﴾ ﴿ فلو استأجر الآبق منفرداً لم يصح ﴾ قد أطلق في المبسوط والمهذب والغنية والسرائر والارشاد عدم صحة اجارة الآبق وفي (الغنية) الاجماع على هذا الاطلاق وهو يتناول ما اذا كان منضماً أو منفرداً وقد تظهر دعوى الاجماع من الكفاية أو يفهم من العبارة أنه لو استأجره منضماً صح وهو خيرة الحواشي ومجمع البرهان والكفاية وكذا اللمعة وتردد في الشرائع والتحرير والتذكرة وقد يظهر من الاخير المنع

كما هو خيرة جامع المقاصد والمسالك وكذا الروضة واستند الشهيد في الصحة الى ان حكم الاجارة لا ينقص عن البيع قال بل هو في الاجارة أولى لاحتمالها من الغرر ما لا يحتمله (قلت) لكن معقد الاجماعات هناك على أنه يصح بيع الآبق منضما الى شيء آخر وقد خلت أكثر العبارات أيضا عن التقييد بكون الضميمة مما يصح بيعها منفردة بل صرح في نهاية الاحكام انه لا فرق بين أن تكون الضميمة قليلة أو كثيرة وفي موثقة سماعة الا أن تشتري معه شيئا وفي صحيحة رفاعة النخاس أومعتبرته ثوبا أو متاعا وأجمعوا على انه اذا لم يظفر به كان الثمن في مقابلة الضميمة والشهيد قال هنا يشترط كون الضميمة مما يصح افراده بالاجارة وهو يخالف ما ذكره الا كثر هناك من وجهين ثم قال وفي جواز كونها بيعا نظر وكذا العكس في البيع من حصول المعنى ومن ظهور ضميمة كل شيء الى جنسه وقال في (الروضة) وعلى الجواز هل يعتبر في الضميمة امكان افرادها بالاجارة أم بالبيع أم يكفي كل واحد منهما في كل واحد منهما أوجه من حصول المعنى في كل منهما ومن ان الظاهر ضميمة كل شيء الى جنسه المصنف الثاني انتهى ووافقه على ذلك كله شيخنا صاحب الرياض (ونحن نقول) ان أراد بقوله هل يعتبر في الضميمة الضميمة في البيع والاجارة لأن كان نظره الى كلام الشهيد بمعنى هل يعتبر فى ضميمة الاجارة أن تكون اجارة وان تكون مما يمكن افرادها بالاجارة وفي ضميمة البيع أن تكون بيعا وان تكون مما يمكن أفرادها بالبيع والوجه في اشتراط افرادها بالاجارة والبيع ظاهر أم يكفي في ضميمة الاجارة أن تكون بيعا وبالعكس ففيه نظر لان قضيته ان يقول اجرتك الابق وبعتك الكتاب بكذا فيقول قبلت وهذان عقدان متغايران ولا مدخل لبيع الكتاب في صحة اجارة الآبق وان أراد أنه هل يشترط في الضميمة لصحة بيع الابق امكان افرادها بالاجارة أم بالبيع ففيه نظر من وجوه (الاول) انه لم يقل أحد أنه يعتبر في صحة بيع الابق ان تكون الضميمة مما يمكن افرادها بالاجارة حتى لو ضم الى بيع الابق بيع شاة أو تفاحة لم يصح لان أخبار بيع الابق وهي أربعة نطقت بأنه لا يصح بيعه الا أن تشتري معه شيئا الا أن تشتري معها منهم ثوبا أو متاعا ومن المعلوم ان موضوع البيع أعم من موضوع الاجارة فهي شاملة لما يمكن افراده بالاجارة وما يمكن افراده بالبيع ومنه يعلم حال الثالث هنا بالنسبة الى البيع (الثاني) ان ظاهر كلامه ان الاقوال أو الاحتمالات ثلاثة مع أن الثاني غير متغاير للثالث عند امعان النظر لان من اعتبر في ضميمة الاجارة امكان أفرادها بالبيع صح بالاولوية ما يصح للاجارة لان قضية ذلك أنه يصح أن يأجر الابق والشاة لانها مما يصح افرادها بالبيع على ان أحدا لم يذكر ذلك غير الشهيد وهو انما ذكر احتمالين فقط وعلى ذلك اقتصر هو في المسالك الى غير ذلك مما يرد على ذلك وان أراد بقوله هل يعتبر فى الضميمة بالنسبة الى خصوص الاجارة لم يرد عليه شيء الا أنه شديد المخالفة للظاهر نعم يرد عليه انه لم يذكر الوجهة فى اعتبار كونها بيعا اذ لا يوافقه واحد من الوجهين ولعل الوجه أن الاخبار انما جوزت ضميمة البيع فالحاق ضميمة الاجارة قياس وانه كان الاولى أن يقول وهل يكفي كل واحد منهما فيها لا فيهما الا أن تقول انه استطرد أخيرا ذكر البيع وعلى ارادة التخصيص فجميع الاوجه في محله (والحاصل) ان هذه العبارة لا يكاد يتضح لها وجه خال عن الايراد ثم أن الشهيد لم يرجح كونه بيعا وانما قال فيه نظر كما سمعت هذا ومن وافق الشهيد اشترط أن تكون الضميمة مقصودة يخرج بها عن السفه (وكيف كان) فالاصح المنع لفقد النص المجوز هنا فيقتصر فيه على مورده وهو البيع ومنع الاولوية مع مخالفة الاعتبار لانه لا فائدة في اجارته ولا كذلك بيعه فانه يستفيد صحة عتقه فلا أولوية (ولعلك تقول)

ولو أجر السنة القابلة صح (متن)

ان في موثقة سماعه اشارة الى التعدي حيث قال عليه السلام فان لم يقدر على العد كان الذي نقده فيما اشترى منه (وفيه) انه هذا خالف الاصل أيضا محتاج الى الدليل لان التقسيط هو الاصل نعم لو كان المستأجر يتمكن من قبضه جاز من غير ضميمة ﴿قوله﴾ ﴿ ولو أجره السنة القابلة صح ﴾ كما في التنقيح والسرائر وجامع الشرائع والشرائع والتذكرة والتحرير والارشاد والمختلف وجامع المقاصد والمسالك والروض ومجمع البرهان والكفاية والمفاتيح وهو المحكي عن القاضي وفي (المبسوط) أنه قوي قال ذلك في آخر كلامه وفي (التذكرة) لا يشترط في مدة الاجارة ان يلي العقد بل لو أجره الدار أو الدابة وغيرهما سنة خمس وهما في سنة ثلاث أو أجره شهر رجب وهما في المحرم صح عند علمائنا أجمع سواء كانت الاجارة واردة على الاعيان أو على الذمة وكأنه غفل عن الخلاف والكافي وكذا المبسوط ويشهد لاجماع التذكرة قوله في السرائر بعد نقل كلام المبسوط من أنه لو أجره الدار في شهر مستقبل بعد ما دخل حين العقد فانه لا يجوز ما نصه لم يذكر يعني في المبسوط هل هو قولنا أو قول غيرنا ولا يظن ظان ان ذلك قول لاصحابنا انتهى والمخالف الشيخ في الخلاف قال اذا قال أجرتك الدار شهراً ولم يقل من هذا الوقت واطلق فانه لا يجوز وكذا اذا أجره الدار في شهر مستقبل بعد ما دخل فانه لا يجوز ومثل ذلك قال في المبسوط في أول كلامه من دون تفاوت وقد استدل عليه في الخلاف بان عقد الاجارة حكم شرعي ولا يثبت الا بدلالة شرعية وليس على ثبوت ذلك دليل وابو الصلاح في الكافي استند الى افتقار صحتها الى التسليم وليسا بشيء (أما الاول) فلان الدليل موجود وهو عمومات أدلة جواز الاجارة ولا مانع الا التأخير والاصل عدم مانعيته (واما الثاني) فبالمنع من توقف الصحة على التسليم مطلقا بل وقت الاستحقاق ونحن نقول بوجوبه وقد يستدل للمشهور بفحوى الاخبار الواردة في المتعة الدالة على الصحة مع اشتراط الانفصال وهي مع كثرتها منجبرة أو معتضدة بالشهرة والمتمتع بها مستأجرة واستدل في المختلف والمسالك بان شرط الاتصال يقتضي عدمه لان كل واحد من الازمنة التي تشتمل عليها مدة الاجارة معقود عليه وليس غير الجزء الاول منها متصلا بالعقد ومتى كان اتصال باقي الاجزاء غير شرط فكذا اتصال الجميع (وفيه) أن الاجزاء التي لم تتصل اتصلت بالمتصل فكانت متصلة على حسب الامكان أو ان مراد الشيخ بالاتصال عدم تخلل زمان لا يتناوله العقد لا مطلق الزمان وقد يستدل للشيخ والتقي بأن العقود انشاآت والانشاآت علل الاحكام والعلل تقتضي الاتصال الزماني (وفيه) أنها علل جعلية شرعية فهي على حسب ما شرعت وجعلت وقد حكي في (التنقيح) عن الشيخ في الخلاف والمبسوط بطلان العقد فيما اذا أطلق كأن قال اجرتك الدار شهرا قال في التنقيح وانما يبطل على تقدير عدم تعيين الشهر وانما لم يتعين اذا لم يكن العقد مقتضيا للاتصال قال في التنقيح وقال أي الشيخ في موضع آخر اذا أجره دارا شهرا مستقبلا ولم يدخل بعد لم يصح قال أي في التنقيح وانما لم يصح لاقتضاء العقد الاتصال فيكون قد شرط ما ينافي مقتضى العقد فيبطل فجاء التناقض في كلامه والتردد انتهى وهو كما ترى على انك قد سمعت كلام الشيخ في الكتابين وأنه ذكر المسئلتين في موضع واحد لا في موضعين وأنه لم يستند في الثانية الى أن العقد يقتضي الاتصال وانما استندوا الى ما سمعت من أنه لا دليل على الصحة ومثله ما وقع لصاحب المسالك من ان الشيخ احتج بان الاجارة تقتضي استحقاق التسليم وقد عرفت أنها

وكذا لو أجره سنة متصلة بالعقد ثم أخرى له أو لغيره ولو استأجر الدابة ليركبها نصف الطريق صح واحتيج الى المهاياة ان قصد التراوح والا افتقر الى تعيين احد النصفين (متن)

بحجة التقي وكأنه لم يحضره الخلاف والمبسوط لكن هلا لحظ المختلف فانه ذكر لكل منهما حجته على حدة ولم يتعرض المصنف لما اذا اطلق كما اذا أجره الدار شهراً ولم يقل من هذا الوقت وقد أطلق في الخلاف والمبسوط عدم الجواز لعدم الدليل على الصحة ولان الاطلاق لا ينزل على الاتصال بالعقد عنده في العرف لكنه في الخلاف في مسئلة ما اذا أجره كل شهر بدرهم قال انه يصح في الجميع وفي (المبسوط والنهاية) انه يصح في الشهر الاول بدرهم ويثبت في الباقي أجرة المثل وذلك منه فيها على اختلافها في الحكم مبني على ان الاطلاق يقتضي بالاتصال كما تقدم بيانه واطلق في السرائر وجامع الشرائع والتحرير والارشاد والكتاب وجامع المقاصد والروض الحكم بالصحة وانه ينزل على الاتصال بالعقد التفاتا الى أن ذلك مقتضى العرف بحيث صار وضعاً عرفياً ولان ترك التعيين دليل على ارادة ذلك لانها تفسد بدون ذلك والاصل الصحة فيراعى التمسك بالاصل ما أمكن خصوصاً مع المرجحات الاخر واستناداً الى العمومات وقد يستدل لهم أيضاً بفحوى ما دل على الصحة في المتعة مع الاطلاق على كثرته واعتضاده بالشهرة فليتأمل جيداً لانه بعد ادعاء حكم العرف بذلك لاحاجة الى الاستناد الى العمومات لكن يرد على السرائر انه قال في مسئلة ما اذا أجره كل شهر بدرهم واطلق ولم يذكر أول مدة الاجارة ولا آخرها أنه يبطل في الجميع وما ذاك الا لان الاطلاق لا ينزل على الاتصال لانه قال اذا عين أول المدة صح في كل شهر ولزم فيما زاد عنه أجرة المثل وقال في (المختلف) فيما نحن فيه ان كان العرف في الاطلاق يقتضي الاتصال صح والا فلا ووافقه على ذلك صاحب المسالك والمفاتيح وكذا مولانا الاردبيلي وفي (المسالك والكفاية) ان الاطلاق لا يقتضي اتصال المدة الا بالقرينة لانه أعم والعام لا يدل على الخاص الا بالقرينة مع انه قال في المسالك في باب المتعة ان الاطلاق يقتضي الاتصال هذا كلامهم في المقام في المسئلة أعني ما اذا أطلق ولم يقل من هذا الوقت ويأتي لهم في تقدير العمل بالزمان أنه يجوز أن يستأجر الدابة شهراً من غير تعيين ولا تنزيل على الاتصال بالعقد وأنه يجوز أن يستأجره للخياطة شهراً و يوما كذلك وتحرير الكلام وتنقيحه عند قوله ولو استؤجر لعمل قدر اما بالزمان كخياطة يوم وقد تقدم عند قوله ولو أجره كل شهر بدرهم ما له نفع تام في المقام ﴿قوله﴾ ﴿وكذا لو أجره سنة متصلة بالعقد ثم أخرى له أو لغيره﴾ أي يصح بل الصحة هنا بالاولوية خصوصا اذا كان العقد الثاني للمستأجر الاول كما في جامع المقاصد بل ظاهر التذكرة الاجماع عليه ويجيء خلاف الشيخ فيها ﴿قوله﴾ ﴿ولو استأجر الدابة ليركبها نصف الطريق صح واحتيج الى المهاياة ان قصد التراوح والا افتقر الى تعيين أحد النصفين﴾ قال في (التذكرة) ولو قال أجرتك نصف الدابة الى موضع كذا أو اجرتك الدابة لتركبها نصف الطريق صح ويقتسمان بالزمان أو المسافة وهو معنى المهاياة في عبارة الكتاب كأن يركب يوما ويمشي يوما أو يركب فرسخا ويمشي فرسخا ولا بد أيضا من تعيين محل الركوب ومحل النزول أو زمانهما ولا بد من ذكر ذلك كله في متن العقد كما نبه عليه المصنف بقوله واحتيج الى المهايات وهو الذي جزم به في جامع المقاصد ويأتي في مباحث الدواب أنه لا يشترط شيء من ذلك وهو الذي اخترناه هناك وحررناه فليلحظ وقال في (التذكرة) ولو كان هناك عادة مستمرة غالبة مضبوطة

والمنع الشرعي كالحسي فلو استأجر لقلع ضرس صحيح أو قطع يد صحيحة او استأجر جنبا او حائضا لكنس المسجد لم يصح ولو كانت السن وجعه أو اليد متآكلة صحت فان زال الالم قبل القلع انفسخت الاجارة (متن)

نزل الاطلاق عليها وهذا منه في التذكرة حمل لنصف الطريق على النصف الموزع أجزاء وهو الذي يقصد به التراوح وحصول الراحة كالتعب ولنصف الطريق مصداق آخر وهو النصف المتصل الاجزاء فان قصده فلا بد من تعيين لنصف الذي يستأجر لركوبه أهو الاول ام الثاني كما نبه عليه المصنف بقوله افتقر الى تعيين احد النصفين وهل يكفي تعيين أول النصف الى حيث ينتهي أم لا بد من تعيين آخره قال في (جامع المقاصد) وقد سبق في البيع أنه لو باعه جريبا من هنا الى حيث ينتهي لم يصح للجهالة لمبيع بل لابد أن يعين آخره ومقتضاه أن لا يصح هنا الا اذا عين الآخر وقال وقد يخيل ان قضيته الاكتفاء في التراوح في التعيين بالايام عدم اشتراط ذكر الاخر هنا وليس كذلك لان تعيين المنفعة يكون بأمرين أي المهاياة والنصف ولا بد من ذكر الاول والآخر في كل منهما وتشخيص الزمان والمسافة انتهى وقد عرفت انه لا يشترط ذلك في المهايات (وليعلم) أن المصنف سيذكر العقبة وهي بضم العين التناوب وهما يتعاقبان اذا ركب هذا تارة وهذا أخرى وقد قال فيما يأتي ولو استأجر للعقبة جاز ويرجع في التناوب الى العادة ويقسم بالسوية ان اتفقا والافضل ماشرطاه وأن يستأجر نوبا مضبوطة لما بالزمان فيحمل على زمان السير أو بالفراسخ انتهى وهما من سنخ ما نحن فيه والعقبة هي التناوب مع شخص آخر فافترقا وقد يفرق بينهما بغير ذلك والضمير في يقسم راجع الى الطريق ورجوعه الى الآخرة خلاف التحقيق كما يأتي بيانه ان شاء الله تعالى وقضية كلام التذكرة ان لا فرق بين قوله أجرتك نصف الدابة الى موضع كذا وبين قوله أجرتك الدابة لتركبها نصف الطريق بمعنيه وانه كما لو قال له أجرتك نصف الدار وينبغي التأمل فيه ﴿ قوله ﴾ ﴿ والمنع الشرعي كالحسي فلو استأجر لقلع ضرس صحيح أو قطع يد صحيحة أو استأجر جنباً أو حائضاً لكنس المسجد لم يصح ﴾ قد صرح بان الشرع يمنع من قلع الضرس الصحيح وان الاجارة عليه لا تصح أو تنفسخ لو كان استأجره على قلعه حيث كان يؤلمه ثم زال الالم في المبسوط والمهذب والسرائر وجامع الشرائع والشرائع والتذكرة والارشاد وجامع المقاصد والمسالك ومجمع البرهان بل في السرائر وغيرها ان العقل يمنع منه ومنه يعلم حال مالو استأجره على قطع يد صحيحة في غير حد ولا قصاص وأما عدم صحة استئجار الجنب والحائض لكنس المسجد وفرشه وخدمته حالة الجنابة والحيض فلان ذلك حرام عليهما فتعذر تسليم المنافع شرعا ولو أجنب في الاثناء أو حاضت وكانت الاجرة واقعة على العين كما هو الفرض في العبارة أيضاً انفسخت الاجارة لتعذر الفعل منهما حينئذ ﴿ قوله ﴾ ﴿ ولو كانت السن وجعه أو اليد متآكلة صحت ﴾ كما في التذكرة وجامع المقاصد والمسالك وقد شرط في التذكرة في قلع السن صعوبة الالم وقول أهل المعرفة ان قلعها مزيل والالا وشرط في قطع اليد كون قطعها نافعا ولا يخاف التلف معه ووافقه على ذلك في جامع المقاصد وقد جمع ذلك في المسالك مع زيادة بقوله ان المرجع الى ظن أهل الخبرة أو التجربة ﴿ قوله ﴾ ﴿ فان زال الالم قبل القلع انفسخت الاجارة ﴾ كما صرح به في المبسوط وما ذكر بعده آنفا ما عدا جامع المقاصد فانه سكت عنه لمكان ظهوره ولو لم يسكن الوجع لكن امتنع المستأجر

ولو استأجر منكوحة الغير بدون اذنه فيما يمنع حقوق الزوج لم يصح ولو كان للرضاع فان منع بعض حقوقه بطل والا فلا ولو استأجرها الزوج أو غيره بأذنه صح وان كان لارضاع ولده منها وهي في حباله (متن)

من قلعه لم يجبر المستأجر عليه لكن اذا سلم الاجير نفسه ومضت مدة يمكن فيها قلع الضرس وجب على المستأجر دفع الاجرة الى الاجير لانه قد ملك الاجرة بالعقد واستقرت بالتمكين طول المدة كما تقدم ويأتي كثيراً ﴿ قوله ﴾ ﴿ ولو استأجر منكوحة الغير بدون اذنه فيما يمنع حقوق الزوج لم يصح ﴾ أي يقف على اجازته وقضيته انه أي الاستئجار ان لم يمنع حقوقه يصح كما هو خيرة الشرائع والتذكرة والمختلف وجامع المقاصد والمسالك والمفاتيح للاصل ولأنها مالكة منافعها التي لا تعلق للزوج بها فلها نقلها لان الغالب في العادات في أصحاب العمل والمعاملات عدم استغراق الاوقات بالاستمتاع في النهار والسفر والاحرام ومن المعلوم ان الزوج انما يستحق الاستمتاع بها ولم يملك شيئا من منافعها فالزمان الموثوق بعدمه فيه يجوز لها اجارة نفسها فيه فان منعت توقف (توقفت خ ل) على اجازته قطعا كما في المسالك ولا يقع باطلا كما هو ظاهر العبارة وله فسخه اذا أراد الاستمتاع على خلاف الغالب في ذلك الزمان الذي تشخص للاجارة لوجوب تقديم حقه بل هي تنفسخ فعله وأطلق القول بالمنع من اجارة المرأة نفسها لغير الزوج بغير اذنه الشيخ في الخلاف والمبسوط وابن ادريس في السرائر والمصنف في الكتاب والتذكرة فيما يأتي في الامة المزوجة واستشكل الصحة في التحرير واراد لم يمنع شيئا من حقوقه والمنع هو المفهوم من كلام جامع الشرائع استنادا الى انه لادليل على الصحة وانه مالك لمنافعها بالعقد فلا يجوز لها نقلها وقد عرفت الحال في الامرين ولو فرض تقدم الايجار على النكاح فلا اعتراض للزوج قطعا كما في المسالك وبه قطع في التذكرة والتحرير والكتاب فيما يأتي لسبق حق المستأجر وقال في (التذكرة والتحرير) ان له الاستمتاع بها فيما فضل عن وقت الارضاع وقال في التذكرة انه ليس لولي الطفل منع الزوج عن الوطئ مع عدم تضرر الولد به ومعه له المنع لسبق حقه وقد وافقه على ذلك كله في جامع المقاصد فيما يأتي واطلق المصنف فيما يأتي انه له وطئها وان لم يرض المستأجر ومثله في ذلك ما في التحرير ﴿ قوله ﴾ ﴿ ولو كان للرضاع فان منع بعض حقوقه بطل والا فلا ﴾ قد تقدم بيانه ولقد كان في غنية عنه لانه يفهم مما قبله ﴿ قوله ﴾ ﴿ ولو استأجرها الزوج أوغيره باذنه صح ﴾ اذا استأجرها غير الزوج باذنه للرضاع وغيره صحت الاجارة بلا خلاف كما في الخلاف والسرائر وعندنا كما في المسالك والمفاتيح وفي (جامع المقاصد) انه واضح لان المانع حقه وقد اسقطه ولا فرق في ذلك بين ان تمنع شيئا من حقوق الزوج وعدمه لانه قد رضي بذلك وأما اذا استأجرها الزوج لغير ارضاع ولده كما اذا استأجرها للطبخ والكنس ونحوهما من سائر الاعمال فالظاهر انه لا خلاف في جوازه كما هو ظاهر التذكرة الا من ابي حنيفة فانه قال لايجوز استئجارها للطبخ وما اشبهه لانه مستحق عليها في العادة قال في (التذكرة) وهو باطل عندنا وأما اذا استأجرها لارضاع ولده فهو ما يأتي ﴿ قوله ﴾ ﴿ وان كان لارضاع ولده منها وهي في حباله ﴾ يعني انه يصح ان يستأجرها زوجها لارضاعها ولده منها وهي في حباله كما هو خيرة المرتضى فيما حكي عنه في السرائر وغيرها وابن ادريس [illegible] في التذكرة والتحرير والمختلف والمحقق الثاني في جامع المقاصد

ولو تلفت العين المستأجرة قبل القبض بطلت الاجارة وكذا بعده بلا فصل ولو تلفت في الاثناء انفسخت في الباقي فان تساوت اجزاء المدة فعليه بقدر مامضى والاقسط المسمى على النسبة ودفع ماقابل الماضي ولو انهدمت الدار اوغرقت الارض أو انقطع ماؤها في الاثناء فللمستأجر الفسخ (متن)

وهو قضية كلام من تقدم آنفا للاصل ولقوله عز وجل فان أرضعن لكم فآتوهن أجورهن بالمعروف ولا فرق بين ان تمنع شيئا من حقوق الزوج وعدمه لانه قد رضي بذلك والمخالف الشيخ في المبسوط وأصحاب الرأي والشافعي وهو رواية عن احمد كما في التذكرة قالوا لايجوز للرجل أن يستأجر زوجته لارضاع ولده منها لانها أخذت منه عوضاً في مقابلة الاستمتاع وآخر في مقابلة التمكين والحبس فلا يلزمه عوض آخر (وفيه أولا) ان الدليل عام يشمل ولده من غيرها (وثانيا) انه منقوض باستئجارها لغيره من سائر الاعمال لكنه لايرد على اصحاب الرأي لما عرفت (وثالثا) ان التمكين والاستمتاع غير الحضانة والارضاع واستحقاق منفعة من جهة لايمنع استحقاق منفعة سواها بعوض آخر وقال في (جامع المقاصد) أن مراد المصنف الرد على الشافعي لانه هو الذي منع من استئجارها لارضاع ولده منها وكلام الشيخ اعم لكنه يتضمن رده وكأنه عول في ذلك على المختلف حيث نقل بعض كلام المبسوط ولا عقد قال فيه واذا رزق الرجل من زوجته ولدا لم يكن له أن يجبرها على ارضاعه ثم قال واذا تطوعت المرأة بارضاع الولد لم يجبر الزوج على ذلك ثم قال وان تعاقدا عقد الاجارة على ارضاع الولد لم تصح لانها أخذت منه الى آخره والمراد الولد الذي رزقه الله سبحانه منها وهو الذي تطوعت بارضاعه كما هو ظاهر وما كان المصنف ليهمل الشيخ ويتعرض للشافعي على انه لاخصوصية للشافعي لان المخالف ايضا غيره ﴿قوله﴾ ﴿ ولو تلف العين المستأجرة قبل القبض بطلت الاجارة وكذا بعده بلا فصل ولو تلفت في الاثناء انفسخت في الباقي فان تساوت أجزاء المدة فعليه بقدر ما مضى والاقسط المسمى على النسبة ودفع ما قابل الماضي ﴾ هذا كله قد تقدم الكلام فيه مسبغا في المطلب الاول عند قوله ولو تلفت العين قبل القبض بطلت مع التعيين الى آخره وقد ترك قيد التعيين هنا وقد بينا هناك انه لابد منه ومازاد هنا الا قوله بلا فصل والا تفصيله بين ما اذا تساوت أجزاء المدة أو اختلفت وقد بيناه هناك ﴿ قوله ﴾ ﴿ ولو انهدمت الدار أوغرقت الارض أو انقطع ماؤها في الاثناء فللمستأجر الفسخ ﴾ كما في الغنية والسرائر وجامع الشرائع والشرائع والنافع والارشاد واللمعة ومجمع البرهان والكفاية والمفاتيح بل هو ظاهر المقنعة والنهاية والمراسم والوسيلة حيث قيل فيها وان انهدم سقطت الاجرة الا أن يعيده الى حال العمارة بأن يكون معنى سقوط الاجرة ان له التسلط على سقوطها لمكان الخيار كما أشار اليه في الغنية بقوله أنها لاتنفسخ الا بحصول عيب من قبل المستأجر نحو ان يعلس فيملك المؤجر الفسخ أو من قبل المؤجر مثل انهدام المسكن أو غرقه على وجه يمنع من استيفاء المنفعة فيملك المستأجر الفسخ ويسقط عنه الاجرة الى أن يعيد المالك المسكن الى الحالة الاولى وقد قيد في جامع المقاصد والمسالك والروضة عبارة الكتاب والشرائع واللمعة بما اذا أمكن ازالة المانع أو بقي أصل الانتفاع فلو انتفيا معا انفسخت الاجارة لتعذر المستأجر عليه (قلت) القيد الاول مشار اليه في جميع العبارات من المقنعة الى المفاتيح حيث يقولون الا أن يعيده الى حال العمارة الا أن يعيده المالك فان بادر المالك

فان بادر المالك الى الاعادة فالاقرب بقاء الخيار (متن)

غير ذلك ثم خلت عن ذلك عبارة اللمعة فقيدها به في محله (والحاصل) انه من المعلوم ان ذلك مراد في كلامهم وان ثبوت الخيار حين الانهدام وامكان ازالة المانع اجماعي كما قد يظهر ذلك من الغنية بل هو معلوم وشيخنا في الرياض استوجه عدم ثبوت الخيار أصلا كما قد تقدم بيان ذلك كله في أثناء المسئلة المكررة في الكتاب وهي ما اذا تلفت العين المستاجرة وقد وقع في التذكرة والتحرير انه اذا انهدمت الدار وبقي فيها نفع غيرما استأجرها له من وضع الحطب وصيد السمك فالاقرب ثبوت الخيار ولاتبطل من دون فسخ فان كان المراد من هذه العبارة ان ذلك مع عدم امكان اعادتها كما هو الظاهر بقرينة ذكر صيد السمك كما يأتي في الكتاب قريبا كانت مخالفة لما حكوا به في ما اذا تلفت العين المستأجرة وان كان المراد منها مع امكان الاعادة كانت موافقة لما هنا ولا خلاف والمراد باصل الانتفاع الانتفاع الاصلي وقد أسلفنا الكلام هناك في ذلك وقيد الشهيد العبارة بما اذا لم يكن الانهدام والغرق من جهة المستأجر وهو ظاهر لا يحتاج الى التنبيه عليه كما اذا كان الانقطاع في غير وقت الحاجة اليه ﴿قوله﴾ (فان بادر المالك الى الاعادة فالاقرب بقاء الخيار) قد نطقت عبارات الاصحاب من المقنعة الى الكتاب بامرين (الاول) انه اذا انهدم المسكن ثبت له الخيار الا أن يعيده المالك أو نحو ذلك (الثاني) اذا انهدم المسكن سقطت الاجرة الا أن يعيده وقد علمت ان الظاهر ان معنى سقوط الاجرة ثبوت الخيار فالجميع بمعنى الواحد وقضيته اطلاقهم انه اذا أعاد بسرعة أو تراخ سقط خياره من غير خلاف ولا تردد الا من الشرائع فانه تردد على الاطلاق أي من دون تقييد باحدى الصورتين قال كان له فسخ الاجارة الا أن يعيده صاحبه ويمكنه منه وفيه تردد وقد خص تردده في المسالك بما اذا اعاد بسرعة بحيث لايفوت شيء من المنافع وان قل قال والا بقي الخيار بغير تردد (قلت) وهذا هو الذي حرره في الايضاح قال واعلم انه اما ان يفوت شيء من المنافع على المستأجر أولا فان كان الاول فله الفسخ قطعاً وان لم يفت فهي المسئلة أي المسئلة المفروضة في الكتاب لان النص على ان الانهدام سبب الخيار والشارع اذا علق حكماً بوصف لم يعتبر حصول الحكمة التي هو مظنتها بالفعل فمن ثم جاز الفسخ ومن حيث أنه لم يفت شيء من المنافع التي وقع عليها العقد والاصح الاول انتهى وقوله قطعا يجري مجرى الاجماع فيكون فهم من اطلاق الجماعة ان ذلك اذا لم يفت شيء من المنافع وقوله وان لم يفت فهي المسئلة يقضي بأنه فهم من المبادرة في العبارة انها هي المسارعة بحيث لا يفوت شيء من النفع وهو الذي فهمه منها جامع المقاصد واستوجهه لانه لو فات شيء من النفع جاء خيار تبعض الصفقة قال والفاضل العميدي اختار التفصيل بانه اذا لم يفت شيء من النفع فلا خيار يعني سواء تراخى أم لا والا كان مستمرا انتهى وفي (الروضة) قوى بقاء الخيار اذا أعاده بسرعة بحيث لا يفوت عليه شيء معتدبه وهو خلاف صريح جامع المقاصد والمسالك وظاهر الايضاح وقد يلوح القول ببقاء الخيار من السرائر والنافع ومجمع البرهان وفي (الكفاية) التردد كالشرائع وجزم في المفاتيح بما في المسالك وصريح الايضاح ان هناك نصا وهو قضية ذكره في المقنعة والنهاية والمراسم لكنا لم نجده ولا أشار اليه أحد ولعل المتقدمين يستندون الى الاصل وانتفاء الضرر بالاعادة وهو الموافق لقولهم بثبوت خيار الغبن والرؤية على الفور لان العموم في العقود يرجع الى التوقيت أو هي لغير ذلك مما تكلفوه في تنزيل ذلك على القواعد وقد

ولو شرط منفعة كالزرع فتلفت وبقي غيرها كصيد السمك منها بعد الغرق فهي كالتالفة فتنفسخ فيها الاجارة ولو امكن الانتفاع بالعين فيما اكتراها له على نقص تخير المستأجر أيضا في الفسخ والامضاء بالجميع ولو غرق بعض الارض بطلت الاجارة فيه وتخير في الباقي بين الفسخ وامساكه بالحصة ولو منعه المؤجر من التصرف في العين فالاقرب تخييره بين الفسخ

بسطنا الكلام فيه في المقامين فما في الرياض من أنه ان ثبت الخيار بنفس الانهدام من حيث هو اتجه العمل بالاستصحاب ولكنه غير معلوم اذ لا دليل الا نفي الضرر وقد زال او الاجماع وضعفه أظهر لمكان الخلاف فيه نظر من وجوه (الاول) ان الاجماع معلوم ومنقول في ظاهر التنبة (الثاني) ان لهم ان يقولوا انا وان قلنا بثبوت الخيار بنفس الانهدام نمنع جريان الاستصحاب لما ذكروه في توجيه خياري الغبن والرؤية وفي (المراسم والنافع) ان له الزام المالك بالاعادة اذا لم يفسخ والاصح العدم كما هو خيرة الارشاد ومجمع البرهان وقد تقدم الكلام في ذلك مسبغا عند الكلام في مسئلة ما اذا تلفت العين قبل القبض ﴿ قوله ﴾ ﴿ ولو شرط منفعة كالزرع فتلفت وبقي غيرها كصيد السمك منها بعد الغرق فهي كالتالفة تنفسخ فيها الاجارة ﴾ هذا قد تقدم لنا الكلام فيه عند شرح قوله ولو تلفت العين قبل القبض وحكينا انفساخ الاجارة لان المنفعة كالتالفة عن الخلاف والمهذب والكافي وجامع المقاصد والمسالك واحتملنا أن يكون ذلك مستفادا من المقنعة والنهاية والمراسم والوسيلة في أحد الوجهين فيها واستظهرنا الخلاف هناك في ذلك من التذكرة والتحرير واسبغنا الكلام في ذلك وقد حكينا ايضا عبارتهما آنفا في المسئلة السابقة والوجه فيما هنا ان المنفعة المعقود عليها قد تعذر استيفاؤها من العين فامتنع العقد عليها ﴿ قوله ﴾ ﴿ ولو امكن الانتفاع بالعين فيما اكتراها على نقص تخير المستأجر أيضا في الفسخ والامضاء بالجميع ﴾ قد تقدم الكلام لنا في هذه عند قوله ولو وجدها معيبة بعيب لم يعلمه فله الفسخ الى أن قال ولو لم يفسخ لزمه جميع العوض وقد حمل المحقق الثاني كلامه هنا على ما اذا عرض التلف والنقص قال أي لو أمكن الانتفاع بالعين بعد عروض تلف شيء منها فيما اكتراها له لكن على نقص تخير المستأجر ايضا بين الفسخ والامضاء انتهى والعبارة ظاهرة باطلاقها فيما اذا حصل نقص في عين أو منعه سابق أو عارض لاحق بعد العقد بلا فاصلة أو بعد استيفاء بعض المنفعة سواء نقص المنفعة أم لا كما اذا كانت الدار أو الدابة لا تليق بحال المستأجر وقد أسبغنا الكلام فيما تقدم في هذه المباحث كلها وقد قال في جامع المقاصد على قول المصنف هناك انه لو لم يفسخ لزمه جميع العوض انه ينبغي أن يكون هذا حيث لا يكون العيب منقصا للمنفعة لنقصان العين فانه مع ذهاب بعض العين يجب التقسيط قطعا مع الخيار وقد ناقشناه في ذلك على اطلاقه وفي قطعه وفيما يفهم منه وقلنا هناك كلامه هنا فليلحظ ذلك من اراده ﴿ قوله ﴾ ﴿ ولو غرق بعض الارض بطلت الاجارة فيه وتخير في الباقي بين الفسخ وامساكه بالحصة ﴾ لمكان تبعض الصفقة ولا خيار للمؤجر لان التلف محسوب منه وقد تقدم الكلام فيه ايضا وانه كتلف أحد البدلين في البيع ونحوه مما له قسط من الثمن وربما قيد ذلك بما اذا كان في غرق البعض على المستأجر ضرر اما اذا لم يكن لوجوده أثر الا أن الارض لا تكون حينئذ بتلك المكانة من الرغبة فيحتمل عدم الفسخ بل نقص الاجرة المقابلة لذلك كما نبه عليه في مجمع البرهان ﴿ قوله ﴾ ﴿ ولو منعه المؤجر من التصرف في العين فالاقرب تخييره بين الفسخ

فيطالب بالمسمى وبين الامضاء فيطالب باجرة المثل (متن)

فيطالب بالمسمى و بين الامضاء فيطالب باجرة المثل ﴾ كما هو خيرة الشرائع بعد ان تردد والتحرير والايضاح وغاية المراد والتنقيح وايضاح النافع وجامع المقاصد والروض والروضة والكفاية والمفاتيح وكذا مجمع البرهان وهو قضية كلام الارشاد أو صريحه وظاهر ولده في شرحه أوصريحه وقضية كلام اللمعة وفي (المسالك) انه حسن ومرادهم ان ذلك كان قبل القبض كما صرح به في بعضها وقديمكن ابقاء كلام من لم يصرح بذلك على اطلاقه كما ستسمع تحريره وان جماعة قائلون بان المستأجر يتخير اذا منعه المالك وان كان المنع بعد القبض وستعرف وجهه (وكيف كان) فلافرق عندهم هنا لمكان الاطلاق بين أن يكون قد استوفى المؤجر المنافع أو بعضها أم لا ولا بين ان تكون قد انقضت المدة أم لا لان العوض لم يصل اليه فكان له الرجوع الى ماله والفسخ بل في مجمع البرهان ان التسليم وعدم المنع شرط للاستحقاق بالاتفاق الا أنه كما ترى مخالف القواعد ولا يقضي بالفسخ وله المطالبة بقيمة المنفعة لانها حقه وقد غصبها المؤجر عدوانا فيجب عليه عوضها كالاجنبي سواء تصرف فيها واستوفى منافعها أم لم يتصرف فيرجع بالتفاوت وهو زيادة أجرة المثل عن المسمى ان كان وفصل في التذكرة فوافق الكتاب واثبت للمستأجر الخيار فيما اذا استوفى المؤجر المنافع باسرها ولعله يستند الى انه اذا استوفى المنفعة فقد باشر اتلاف مال الغير عدوانا فيجتمع عليه أمران احدهما تعذر تسليم العوض و لآخر مباشرة اتلاف مال الغير فيتخير في الفسخ نظرا الى الامر الاول والمطالبة بالقيمة أعني اجرة المثل نظرا الى الثاني وعن القاضي انه لو منع بعض المدة ثم سلم في الباقي فليس للمستأجر الامتناع من قبضها باقي المدة (وفيه) انه لامانع من خيار تبعض الصفقة كما في المختلف واختير في المقنعة والنهاية و المبسوط والمراسم والوسيلة والكافي على الظاهر من عبارته لان فيها سقطا والنافع انه لاخيار له بل ينفسخ العقد ويطالب بالمسمى على اختلاف عباراتها في التعبير عن ذلك وهو خيرة التذكرة والتحرير فيما اذا لم يسلمها المؤجر حتى انقضت المدة ولم يرجح الشيخ في المبسوط في هذه بخصوصها بل نقل فيها قولين ان له الخيار والثاني انه ينفسخ العقد فليتأمل في كلامه اذ هي أولى بالفسخ لمكان انقضاء المدة واختياره فيما ذكر من المقنعة وغيرها يرشد الى أنه قد ورد به خبر وقد احتج عليه في المبسوط بانه معقود عليه تلف قبل قبضه ومعناه ان المنع يجري مجرى التلف في يده وكما لا يجب الا المسمى هناك فكذا هنا وقال في (الايضاح) حجة الشيخ بانه لا يعقل وجوب عوض ما أتلفه هو على غيره له لانه يلزم الجمع بين العوض والمعوض ومعناه انه استحق الاجرة بالعقد حيث لم يفسخه المستأجر واستحق المنفعة التي استوفاها اذا غرم قيمتها فيكون قد وجب على المستأجر الاجرة التي هي عوض ما أتلفه واستوفاه المؤجر عليه وهو جمع بين العوضين لكنا لم نجد الشيخ استدل بهذه المغالطة وقد أجاب عنها في الايضاح بانه يجب عليه اي المؤجر قيمته وله المسمى ولهذا مثال في الشرع وهو انه اذا اجنى البائع فعيب المبيع بعد القبض ثم أفلس المشتري مع بقاء العين والثمن في ذمته فللبائع الرجوع بالعين وللمشتري على البائع ارش جناية يسقط منه ارش العيب ارش معاوضة فقد ضمن المشتري للبائع ارش جنايته فهنا أولى انتهى (وحاصله) ان الممتنع الجمع بينهما بسبب واحد أما بسبب آخر فلا كالو استأجر المؤجر العين المؤجرة وما نحن فيه مما تعدد فيه السبب لانه انما استحق الاجرة بالعقد والمنفعة بغرم قيمتها وحاصل المثال ان للبائع الرجوع

ولو غصبه أجنبي قبل القبض تخير المستأجر أيضا في الفسخ فيطالب المؤجر بالمسمى وفي الامضاء فيطالب الغاصب بأجرة المثل (متن)

بالعين ويارش العيب الذي حصل من جنايته وهو جزء من الثمن المسمى والمشتري ارش الجناية الذي هو جزء من قيمة المبيع لا من الثمن فيسقط من ارش الجناية ارش العيب ان كان القيمة أكثر من الثمن لأنه حينئذ يكون ارش الجناية اكثر من ارش العيب فقد استحق البائع ارش جناية نفسه وهو عوض الجزء الذي أتلفه الا انه بسبب آخر وهو كون التعيب في يد المشتري مضمونا عليه وقد استدل في جامع المقاصد للشيخ بما استدل وضعفه ولم يتضح لنا وجه الدليل ولا الجواب (وكيف كان) فكلام الشيخ متجه على أصله لأنه قد قال في المبسوط ان الاجارة كالبيع في باب الفسخ وقد ذهب في باب البيع فيه الى انه اذا تلف البائع المبيع قبل قبضه انه ينفسخ العقد كما اذا تلف بامر سماوي وهو خيرة الشرائع والتحرير والعر قيون كما قال الشهيد والشاميون على خلافه وانه كاتلاف الاجنبي كما تقدم بيانه في باب الخيار يبقى الكلام فيما اذا منعه من التصرف بعض المدة ثم سلم العين الى المستأجر فهل له الفسخ في الماضي خاصة يحتمل ذلك لان فوات المنفعة سبب للرجوع الى المسمى والفوات في هذه الصور مختص بالمنفعة الماضية فاستحق الفسخ فيها وان اقتضى تبعيض الصفقة على المؤجر لأنه عاد غاصب كذا قيل في جامع المقاصد (قلت) قد قال المصنف في أواخر مباحث الارض لو سكن المالك بعض المدة تخير المستأجر في الفسخ في الجميع أو في قدر ما سكنه فيسترد نصيبه من المسمى وفي امضاء الجميع فيلزمه المسمى وله اجرة المثل على المالك فقد جزم بأنه له الفسخ في قدر ما سكنه المالك ووافقه على ذلك المحقق الثاني لانه الذي فات ولا يقدح تبعيض الصفقة على المالك هنا لان ذلك بفعله فان فسخ فيه وجب التقسيط فيسترد نصيب ما سكنه المالك من المسمى وقضية اطلاق كلامه هذا أنه لا فرق في ذلك بين كون ذلك قبل القبض أم بعده كما سيأتي تحريره قريبا ويبقى الكلام في ما اذا أمضى الجميع فانه يلزمه المسمى وله أجرة المثل على المالك لا كلام فيما اذا ساوت المسمى أو زادت عليه واما اذا نقصت عنه ففي التحرير في مثله ان الاقرب انه لا يضمن الزائد وهو حسن كما في جامع المقاصد كما يأتي في أواخر مباحث الارض ﴿قوله﴾ ﴿ولو غصبه اجنبي قبل القبض تخير المستأجر أيضا في الفسخ فيطالب المؤجر بالمسمى وفي الامضاء فيطالب الغاصب بأجرة المثل﴾ كما في الشرائع والتحرير والتذكرة والارشاد والايضاح وجامع المقاصد والمسالك والروض والروضة ومجمع البرهان وهو قضية كلام اللمعة بل والمقنعة والنهاية وان فيهما ولو منعه ظالم لم يسقط عنه مال الاجارة وكان له الرجوع على الظالم اذا معنى لم تسقط لم تبطل فتأمل وقال في (الكفاية) قالوا وفي الرياض نسبته الى الاكثر وقال قبل ذلك انه لم يظهر له فيه خلاف والخلاف صريح جامع الشرائع وظاهر عبارة النافع بمفهوم اللقب الخلاف وأنها تبطل قال ولو منعه الظالم بعد القبض لم تبطل وكان الدرك على الظالم وهذه العبارة قد وجدت في خمسة كتب كما يأتي ولكنا لم نفهم من مفهومها ذلك لأنها قد صرح فيها بعدم البطلان قبل القبض ولا كذلك النافع ودليلهم ان العقد لا يبطل بالغصب لعدم تعذر المنفعة لامكان الرجوع الى بدلها ومطالبة الغاصب بقيمتها فله الرجوع حينئذ بقيمتها وهو أجرة المثل ويأخذ المالك منه المسمى وهو المطابق للقواعد وانه قبل القبض مضمون المنفعة على المؤجر كما هو قضية المعاوضة فله الفسخ ومطالبة المؤجر

ولو ردت العين في الاثناء استوفى المستأجر المنافع الباقية وطلب الغاصب بأجرة مثل الماضي وهل له الفسخ فيه ومطالبة المؤجر نظر (متن)

بالمسمى وهل له مع عدم الفسخ مطالبة المؤجر بأجرة المثل وجهان وصرح الايضاح وظاهر جامع المقاصد والمسالك انه ليس له ذلك (وجه المطالبة) أنها مضمونة عليه ومعنى الضمان وجوب القيمة (وفيه) ان معنى الضمان هو ما اقتضته المعاوضة وهو رد العوض ولادليل على أمر زائد كذا قيل وقد أطبقوا في باب البيع أنه اذا أتلف المبيع أجنبي ان المشتري يتخير بين الفسخ والامضاء لاغير والبيع هو الاصل في ذلك فمعنى الضمان هنا انه من مال المؤجر فيرجع الى ان معناه رد العوض لانه (ولانه خ ل) قد ورد في البيع انه من مال بائعه والالفظ الضمان لم يقع في خبر نعم وقع في صحيحة عبدالله بن سنان في كلام السائل لكنه ليس بالمعنى الذي ذكره في جامع المقاصد بل بمعنى ضمان القيمة في الاجزاء وقد ألحقوا الاجارة في باب الفسخ بالبيع والافتقضى القواعد في هذه المسائل ان ليس له الفسخ وانما له مطالبة المؤجر والاجنبي والغاصب لكنهم أعرضوا عنه في البابين هذا (وليعلم) انه قال في التحرير أنه ليس له مطالبة المالك بالانتزاع وان كان متمكنا وقد يظهر من المصنف والكركي في الفصل الثالث انه له ذلك وليس كذلك كما يأتي بيانه هناك وظاهرهم ان هذا الخيار ليس على الفور ﴿ قوله ﴾ ﴿ ولو ردت العين في الاثناء استوفى المستأجر المنافع الباقية وطالب الغاصب بأجرة مثل الماضي ﴾ أي لو ردت العين المذكورة في أثناء هذه الاجارة فللمستأجر خيار الفسخ في الجميع كما في الايضاح والمسالك والروضة وجامع المقاصد وظاهر الاخير الاجماع عليه حيث قال قطعاً وقد يظهر من التحرير المخالفة قال ولو ردت العين في الاثناء ولم يكن قد فسخ كان له استيفاء الباقي وكان الخيار فيما مضى ثابتا ولاتعقل عما قلناه آنفا عن التذكرة فانه ظاهر المخالفة لكنه في المؤجر (وكيف كان) فالوجه فيما ذكروه ان المعقود عليه هو المجموع ولم يحصل له بكماله وانه قد ثبت له الخيار بالغصب فيستصحب ولم يذكره المصنف لظهوره واستفادته من حكم المسئلة السابقة واللاحقة وله الامضاء واستيفاء باقي المنفعة ومطالبة الغاصب بأجرة مثل ما فات في يده من المنافع وبه صرح أيضا في الايضاح والمسالك وظاهر جامع المقاصد الاجماع عليه ولم يزد في التذكرة على قوله ولو حصلت القدرة عليه قبل انقضاء المدة كان له أن يستعمله باقيها وهل له اذا لم يفسخ مطالبة المؤجر حينئذ بأجرة مثل المنفعة الماضية فيه الوجهان السابقان والحق العدم كما تقدم ﴿ قوله ﴾ ﴿ وهل له الفسخ فيه ومطالبة المؤجر نظر ﴾ وكذا لاترجيح في الايضاح والحواشي وفي (جامع المقاصد) ان الاصح انه ليس له ذلك ومعنى العباره انه هل للمستأجر في المسئلة المذكورة الفسخ في الماضي خاصة ومطالبة المؤجر بحصة من المسمى ويستوفي الباقي من المنفعة نظر ينشأ من ان فوات المنفعة وهو المعوض يقتضي الرجوع الى العوض وهو الاجرة المسماة والفوات في هذه الصوره مختص بالمنفعة الماضية فاستحق الفسخ فيها والنقص الحاصل بالتبعيض على المؤجر قد حصل في يده ويده يد ضمان فكان يشبه مالو كان المؤجر هو المانع كما تقدم فتأمل وهو خيرة التحرير كما سمعت آنفا وقضية عبارة التذكرة الآتية في المؤجر انه ينفسخ ومن ان ذلك مقتض لتبعض الصفقة على المؤجر وهو على خلاف مقتضى العقد فاما أن يفسخ في الجميع أو يمضي العقد في الجميع لعموم أوفوا بالعقود فيتمسك به في موضع النزاع الى أن يثبت المخصص وهذا المعنى هو الذي

ولو كانت الاجارة على عمل مضمون كخياطة ثوب أو حمل شيء فغصب العبد الخياط أو الدابة الحاملة فللمستأجر مطالبة المالك بعوض المغصوب فان تعذر البدل تخير في الفسخ والامضاء ولو كان الغصب بعد القبض لم تبطل الاجارة (متن)

فهمه في الحواشي وجامع المقاصد وقد دقق النظر في الايضاح فجعل النظر متعلقاً بمسئلتين (الاولى) انه هل له الفسخ في الماضي واستيفاء الباقي من المنفعة كما فهمه الشهيد والكركي وجعل وجه النظر ما ذكرناه وهو الذي سمعته الآن (والثانية) انه هل له مطالبة المؤجر بأجرة المثل عن الماضي اذا لم يفسخ وجعل وجه النظر ما تقدم آنفاً من انه مضمون ومعنى الضمان وجوب القيمة ومن ان معنى الضمان هنا رد العوض (وحاصله) انه جعل معنى المطالبة في العبارة مطالبة المؤجر بأجرة المثل على تقدير عدم الفسخ وهما جعلا معناه مطالبة المؤجر بالمسمى على تقدير الفسخ فالنظر عندهما متعلق بمسئلة واحدة وعنده متعلق بمسئلتين فيصير تقدير العبارة عنده فهل للمستأجر الفسخ في الماضي وهل له مطالبة المؤجر بأجرة المثل اذا لم يفسخ فيهما نظر هذا وسيتعرض المصنف لما اذا كان الغصب بعد القبض قريباً ﴿ قوله ﴾ ﴿ ولو كانت الاجارة على عمل مضمون كخياطة ثوب أو حمل شيء فغصب العبد الخياط أو الدابة الحاملة فللمستأجر مطالبة المالك بعوض المغصوب ﴾ كما في التحرير وجامع المقاصد لان المستأجر عليه أمر كلي في الذمة غير مخصوص بالمغصوب فلا تنفسخ الاجارة بغصبها وليس له خيار فسخها وقد خالف في التذكرة فأتى بعبارة الكتاب في فرض المسئلة وقال أنه يتخير بين الفسخ والرجوع على الغاصب ونسب ما في الكتاب وما وجهناه به الى العامة وقد قال قبل ذلك بسبعة أسطر ما نصه ولو كانت الاجارة في الذمة فعلى المؤجر الابدال ويمكن الجمع بان مراده بما هنا انه اذا استأجر العين المعينة الشخصية لعمل في الذمة وغصب قبل القبض فانه يتخير بين الفسخ والرجوع على الغاصب ومثاله أن يقول أجرتك عبدي هذا على ان أخيط لك به شهراً أو أجرتك نفسي على تحصيل خياطة لك بعبدي هذا شهرا والظاهر في مثل هذا الفرض خيرة التذكرة ويكون مراده بالعبارة التي ذكرها قبل ما اذا كان استأجر دابة في الذمة لعمل مشخص أو في الذمة وهذه اذا غصبت قبل القبض طالب بالبدل قطعاً ﴿ قوله ﴾ ﴿ فان تعذر البدل تخير في الفسخ والامضاء ﴾ كما في الكتابين المذكورين لانه قد تعذر العوض فيتخير المستأجر بين الفسخ فيأخذ المسمى وبين الامضاء فيصبر الى أن يرد المغصوب أو يوجد البدل وهذا اذا لم يتشخص الزمان فان تشخص بان عين أوله فحقه أن تنفسخ الاجارة بمضي المدة وليس هذا كما لو منعه المؤجر من العين قبل القبض حتى انقضت المدة فان خياره على القول به باق بين الفسخ فيطالب بالمسمى وبين الامضاء فيطالب بأجرة المثل وقد يقال انه يطالب هنا بأجرة مثل البدل فتأمل ﴿ قوله ﴾ ﴿ ولو كان الغصب بعد القبض لم تبطل الاجارة ﴾ كما في الشرائع وجامع الشرائع والنافع والتذكرة والتحرير والارشاد واللمعة وجامع المقاصد والمسالك والروضة ومجمع البرهان والكفاية وهذا معنى ما في المقنعة والنهاية وكذا المراسم من أنها لم تسقط الاجارة وبالجملة لا خلاف في ذلك لاستقرار العقد بالقبض وبراءة ذمة المؤجر والظاهر عدم الفرق بين ما لو كان الغاصب هو المؤجر أو غيره كما في جامع المقاصد والمسالك والروضة وهو قضية اطلاق العبارات لكنه قد صرح في التذكرة بانه لو استأجر الدار سنة

وطالب المستأجر الغاصب باجرة المثل خاصة وان كان في ابتداء المدة ولو حدث خوف منع المستأجر من الاستيفاء كما لو استاجر للحج فتقطع السابلة فالاقرب تخير كل من المؤجر والمستأجر في الفسخ والامضاء (متن)

فسكنها شهرا ثم تركها وسكنها المالك بقية السنة ان المستأجر يتخير بين الفسخ في باقي المدة والزام المالك باجرة المثل وقال في (جامع المقاصد) في أواخر مباحث الارض انه لا فرق في ثبوت الخيار للمستأجر بين كون سكنى المالك قبل القبض أو بعده وهو الظاهر من اطلاق عبارة الكتاب هناك وهو قوله ولو سكن المالك بعض المدة الى آخره وقد سمعتها آنفا ولعله لان المنافع لما كانت معدومة لا توجد الا على التدريج فلا يمكن تسليمها دفعة كان كل غصب من المالك لها غصبا قبل القبض بخلاف غصب الاجنبي لان الواجب على المالك تسليم العين وليس عليه أن لا يغصبها غاصب فليتأمل جيدا وقد صرحت العبارات المتقدمة بعدم البطلان كالكتاب عدا التذكرة والمسالك ومجمع البرهان والكفاية فان فيها التعبير بعدم الفسخ وقد قال في المسالك كان حقه أن يقول لم يكن له الفسخ بدل قوله لم تبطل لان البطلان منتف قبل القبض وبعده فليس موضع استدراك (قلت) هو متجه بالنسبة الى الاجنبي واما بالنسبة الى المؤجر فقد عرفت ان البطلان فيه حيرة ستة كتب وقد قال هو في المسالك وغيره ان الظاهر عدم الفرق بينه وبين الاجنبي وان الاطلاق يتناولهما ﴿ قوله ﴾ ﴿ وطالب المستأجر الغاصب باجرة المثل خاصة ﴾ كما في الكتب الاربعة عشر المتقدمة على اختلافها في التعبير بكون الدرك على الغاصب والرجوع على الغاصب والتعبير بخاصة انما وقع في كلام المصنف خاصة وقد أشار به الى انه ليس له سوى ذلك حتى انه ليس له مطالبة المؤجر بالانتزاع كما سيصرح به المصنف والمحقق الثاني في الفصل الثالث وانه لو أخرجه المالك في أثناء المدة ليس له الفسخ في الباقي وانما يطالبه باجرة المثل عنه ﴿ قوله ﴾ ﴿ وان كان في ابتداء المدة ﴾ أو في خلالها لحصول القبض المعتبر والغصب في الموضعين وبه صرح في جامع المقاصد والمسالك والروضة وهو قضية اطلاق الباقين ﴿ قوله ﴾ ﴿ ولو حدث خوف منع المستأجر من الاستيفاء كما لو استأجر للحج فتقطع السابلة فالاقرب تخيير كل من المؤجر والمستأجر في الفسخ والامضاء ﴾ كما في التحرير والايضاح وجامع المقاصد والروضة وكذا اللمعة لانه قال فيها لو عم العذر كالثلج المانع من قطع الطريق فالاقرب جواز الفسخ وهو يعطي الحكم بما هنا لان ما ذكره في ما اذا عرض المانع الحسي لها والمانع الشرعي عندهم كالحسي وقد قالوا انه لو استأجر امرأة لكنس المسجد فحاضت والزمان معين انفسخت الاجارة وانه اذا استأجره لقلع ضرسه فسكن ألمه انه يمنع المستأجر من الفعل والمؤجر من بذله لكنهما أي مسئلة الحيض والضرس ليسا من قبيل ما نحن فيه كما ستعرف بل يحتمل قويا جداً فيما نحن فيه انفساخ العقد تنزيلا لتعذره منزلة تلف العين ومنه يعلم تسنده ضعيف غير الاقرب وهو عدم ثبوت الخيار توجيه انه لم يتعذر عقلا استيفاء المنافع وان حكم الاجارة معلوم والخوف مظنون فلا يعارضه وانه لا مانع من جهة المؤجر والعين والمنع من قبل المستأجر وهو لا يقتضي البطلان الا بدليل وكل ذلك ليس بشيء لان المؤجر أيضا ممنوع شرعا من التغرير بماله وتعريضه للتلف لان الخوف المظنون يجب الاحتراز منه عن النفس والمال قطعاً كما في جامع المقاصد وكل من حصل له ظن بخوف وجب اجتنابه اجماعا كما في الايضاح وقضية الدليل ان المدار في المسئلة على خوف

ولو استأجر داراً للسكنى فحدث خوف عام يمنع من الاقامة بذلك البلد ففي تخيير المستأجر نظر

المؤجر والمستأجر بقطع سابلة أو غيره وقال في (جامع المقاصد) لو كان الخوف خاصا بالمستأجر دون السابلة ففي ثبوت الحكم المذكور اشكال ينشأ من وجود المانع الشرعي ومن تخيل عدم تأثيره اذ لا منع من طرف المؤجر وقد قال المصنف في التحرير ولا ينفسخ بالعذر فلو أكرى جملا للحج ثم بدا له أو مرض لم يكن له فسخ الاجارة وفي (الحواشي) المنسوبة الى شيخنا الشهيد على التحرير تقييد ذلك بالمرض الذي يمكن معه الخروج قال أما لو لم يمكن معه الخروج اصلا لم يجز له اجارته لتهوه كأن يشترط عليه استيفاء المنفعة بنفسه فانه يقوى الفسخ هذا كلامه وعندي فيه شيء لان في الفسخ أو الانفساخ اضرار بالمؤجر لمصلحة المستأجر الا أن يقال ان هذا لا يزيد على ما اذا استأجره لقلع ضرسه فسكن ألمه ولا ريب ان ما ذكره محتمل انتهى كلام جامع المقاصد (ونحن نقول) ان في كلام الشهيد وكلامه نظراً من وجوه (الاول) ان تقييد الشهيد عبارة التحرير ليس بسديد لأنه قال في التحرير ولو كان الخوف مختصاً بالمستأجر كقرب عدوه من ذلك المكان أو خشي مرضا لو ضاعت نفقته أو تلف متاعه لم يملك الفسخ انتهى ومن المعلوم أنه مع تضييع النفقة وقرب العدو لا يمكنه الخروج شرعا لأنه حينئذ غير جائز فالتفرقة بين الامثلة وهم صرف ثم ان هذه العبارة ونحوها موجودة في التنبية والتذكرة والخلاف وفي الاول وظاهر الاخيرين حيث قصر الخلاف فيهما على أبي حنيفة الاجماع عليه وبقية العبارات كعبارة المبسوط والسرائر مطلقة في أنها لا تبطل بالعذر فتناول ما ذكر وعبارة الشرائع والكتاب وغيرهما لا تبطل لعذر اذا أمكن الانتفاع أي بالعين كما تقدم حكاية ذلك كله في أول الباب وبالجملة لا خلاف ولا تأمل لهم في ذلك (الثاني والثالث) أنهما لم يحررا كلام الاصحاب وان تشبيه ذلك في جامع المقاصد بقلع الضرس ليس في محله لان العذر عندهم على ثلاثة أقسام (عذر) في نفس المؤجر أو نفس المستأجر خاصة وعدم البطلان في ذلك محل وفاق ودليله بعد الاجماع الاصل بمعنى العموم (وعذر) فيهما معا كما لو شملهما الخوف وعمهما الثلج ووجه الفسخ والانفساخ فيهما ظاهر كما عرفت لأنه يجري مجرى تعذر استيفاء المنفعة من المعقود عليه لتلف العين وهذا العذر يرجع بالآخرة الى كونه عاما لهما ولغيرهم (وعذر) في المعقود عليه كما لو استأجر عبداً فابق أو استأجره لقلع ضرسه فسكن ألمه أو استأجرها لكنس المسجد فحاضت فان الاباق وسكون الالم والحيض عذر شرعي في المعقود عليه فله الفسخ أو ينفسخ هو بنفسه كما يظهر ذلك لمن أمعن النظر في كلامهم ولحظ التذكرة فاتضح الفرق واندفع الاشكال ولا يقدح في ذلك قوله في المختلف الاقوى عندي أنه اذا استأجر جملا للحج فيمرض أو حانوتا لبيع البز فيه فيحترق أو يسرق بزه بطلان الاجارة وهو مع عدم فرقه بما ذكرنا شاذ نادر كما تقدم ﴿ قوله ﴾ ﴿ ولو استأجر داراً للسكنى فحدث خوف عام يمنع من الاقامة بذلك البلد ففي تخيير المستأجر نظر ﴾ قد يستظهر ان العذر هنا خاص بالمستأجر فينبغي الجزم بعدم التخيير والفسخ والانفساخ وليس كذلك بل الظاهر ان منشأ النظر تردده بين ان ذلك هل يرجع الى العذر في المعقود عليه لان الخوف المانع من الاقامة في البلد يجري مجرى تلف الدار أو غصبها فيتخير أو ينفسخ العقد بنفسه او هو خاص بالمستأجر فلا خيار له والفرق بينه وبين ما قبله حينئذ واضح وفي (الايضاح وجامع المقاصد) ان منشأ وجهي النظر يعلم مما مر وقد تقدم فالاول ان الاحتراز عن الخوف واجب وأنه ملك المنافع ولم يمتنع استيفاؤها عقلا

ولو اخرجه المالك في الاثناء لم يسقط عنه اجرة السالف ولو استأجره لصيد شيء بعينه لم يصح لعدم الثقة بحصوله (السابع) امكان حصولها للمستأجر فلو اجر من وجب عليه الحج مع تمكنه نفسه للنيابة عن غيره لم يقع (متن)

وقال ان الاصح التخيير وتقدم الثاني الاول وأنه لا مانع من جهة المؤجر والعين وقال في التخيير قوة وفي (الحواشي) ان منشأه من امكان الانتفاع ومن العذر المانع وهو معنى ما في الايضاح بل لعل الجميع بمعنى واحد ولا شيء منها بشيء وفرق بينهما أي المسئلتين في جامع المقاصد بأن العذر هنا خاص بالمستأجر وهناك يعم المؤجر باعتبار الدابة فانه يمكن حفظها بترك السفر بخلاف الدار وأيضا عروض الخوف في الطريق أكثري بخلاف البلد فان عروضه فيه نادر وهو كما ترى وفرق في الايضاح بان الاول نادر وحكى الشهيد عن القطب على الظاهر ان المصنف قال ان كان عروض الخوف قبل القبض فالفسخ وان كان بعده فالاولى عندي أنه كالغصب أي فلا خيار له وقال في (جامع المقاصد) ان وجهه غير ظاهر لعدم تمكنه من العين في الغصب بخلافه هنا (قلت) هو الصحيح المراد كما نبهنا عليه لانه اذا جرى الخوف العام مجرى غصب العين جاءته أحكامه وبالجملة لم أر من تنبه لمراد المصنف من الشارحين والمحشين في المسئلتين مع ما سمعوه هنا من حكاية القطب عنه وأعجب من ذلك أنه قال في جامع المقاصد قد يقال أنه لا حاجة الى كون الخوف عاما لقيام الدليل في موضع اختصاص المستأجر بالخوف وهو بناء على ما سبق لهم من الوهم وعدم الفرق بين الاعذار الثلاثة ﴿ قوله ﴾ ﴿ ولو أخرجه المالك في الاثناء لم يسقط عنه أجر السالف ﴾ قطعا كما في جامع المقاصد لانه استوفاه على حكم الاجارة فيثبت عوضه من المسمى في الذمة قال في (جامع المقاصد) لم يذكر حكم الباقي ايثبت فيه الفسخ أم له المطالبة باجرة المثل عنه (قلت) بل يتعين الثاني كما تقدم بيانه في وجه قوله خاصة لكننا ان كانت زائدة عليه فلا ريب انها للمستأجر وأنه ليس عليه للمؤجر الا المسمى وان نقصت عنه فهل يجب عليه دفع تمام المسمى كما اذا كان المخرج اجنبيا ولا يجب عليه سواها الا شبه الاول ﴿ قوله ﴾ ﴿ ولو استأجره لصيد شيء بعينه لم يصح لعدم الثقة بحصوله ﴾ لئلا تكون المنفعة مقدورا على تسليمها بحسب الغالب ﴿ قوله ﴾ ﴿ السابع امكان حصولها للمستأجر ﴾ هذا الشرط من متفردات الكتاب وما فرعه عليه من الامور التي لا يصح الاستئجار عليها قد أدرج في غيره فيما لا قدرة عليه شرعا لجريانه عندهم مجرى ما لا قدرة عليه حسا كما تقدم غير مرة ﴿ قوله ﴾ ﴿ فلو أجر من وجب عليه الحج مع تمكنه نفسه للنيابة عن غيره لم يقع ﴾ المراد أنه اذا وجب عليه الحج في عام الاستنابة مع تمكنه منه لا تصح نيابته عن غيره ولا تقع عنه كما طفحت به عباراتهم في باب الحج من غير خلاف من أحد وظاهر الايضاح الاجماع عليه للنهي عن ضده وعدم الامر به فكان وقوعه عنه متعذرا شرعا وقد دلت عليه الاخبار الصحيحة (منها) عن الرجل الصرورة يحج عن الميت قال نعم اذا لم يجد الصرورة ما يحج به عن نفسه فليس يجزي عنه حتى يحج من ماله ونحوه غيره ولو لم يجب عليه حج أصلا أو وجب مطلقا أو في غير عام الاستنابة أو فيه ولم يتمكن منه سواء كان قبل الاستقرار أو بعده جاز ولا خلاف في جميع هذه الصور على الظاهر الا من ابن ادريس فيمن استقر عليه حج فيبطل النيابة وهو ظاهر اطلاق عبارة الكتاب هنا وغيرها في باب الحج كقولهم ولا ينوب من وجب عليه الحج

وكذا لو اجر نفسه للصلوات الواجبة عليه فانها لاتقع عن المستأجر وهـل تقع عن الاجير الاقوى العدم ويصح الاستئجار للجهاد (متن)

ولم يظهر لنا وجهه والظاهر ان هـذا الظاهر غير مراد وان طفحت به عباراتهم فينحصر الخلاف في ابن ادريس وتمام الكلام في بابه ﴿ قوله ﴾ ﴿ وكذا لو أجر نفسه للصلوة الواجبة عليه فانها لاتقع عن المستأجر وهل تقع عن الاجير الاقوى العدم ﴾ قد تقدم لنا في باب المكاسب انه تحرم الاجرة على الواجب العيني اصالة و بالعارض وعلى ما وجب كفاية لذاته وهو كل ماتعلق أولاو بالذات بالاديان واستندنا في الاول الى الاجماع المعلوم من تتبع كلماتهم في أبواب الفقه خصوصا ما ذكروه في باب المكاسب وهو ظاهر التحرير وجامع المقاصد في المقام قال في (التحرير) لا يجوز أخذ الاجرة على صلوة الانسان لنفسه بلا خلاف وقال في (جامع المقاصد) لو أجر نفسه للصلوة الواجبة على الاجير لم تصح الاجارة قطعاً والى عدم امكان ترتب أحكام الاجارة عليه لانه لا يمكن فيه الابراء والاقالة والتأجيل ولايقدر الاجير على التسليم ولاتسلط للمستأجر على الاجير في ايجاد ولاعدم وان المملوك المستحق لايملك مرة ثانية ولايستحق لانه يشبه أن يكون من باب تحصيل الحاصل ومن باب اجتماع العوضين لواحد واستندنا الى مثل ذلك في الثاني أيضا فلايدخلان تحت عمومات المعاملات وحيث كانت الاجارة باطلة فلا تقع الصلوة عن المستأجر قطعاً كما في الايضاح وكذا جامع المقاصد والاقوى عند المصنف وولده في الايضاح والاظهر عند المحقق الثاني في جامع المقاصد انها لا تقع عن المؤجر لان الفعل الواحد لاتكون له غايتان متنافيتان اذ غاية الصلوة التقرب والاخلاص خاصة وغاية العبادة في الفرض حصول الاجرة ولانه لم يفعلها عن نفسه لوجوبها عليه بالاصالة بل لوجوبها عليه بالاجارة لمكان أخذ العوض في مقابلتها فلاتكون هي التي في ذمته لان التي في ذمته هي الواجبة بالاصالة ووجه غير الاقوى ان ذلك علة و باعث في حصول الداعي الى الصلوة الجامعة لجميع ما يعتبر في صحتها فكان كالامر بالصلوة وغيرها ممن يطاع وكما في الاستئجار للصلوة عن الميت والحج وغيرهما من العبادات فعلة الداعي لاتبطل الفعل(وأجاب في جامع المقاصد) بان العلة متى نافت الاخلاص وكانت غاية اقتضت الفساد والعلة والغاية هنا حصول الاجرة وهو معنى ما في الايضاح وقال فيه أي الايضاح ان الاجماع فرق بين هذه الصورة والاستئجار عن الميت وقضية ذلك كما صرح به في جامع المقاصد انه متى لاحظ في الصلوة عن الميت فعلها لحصول الاجرة كانت فاسدة بل قضية الاول أيضا انها لاتنفك عن ذلك ولذلك أخرجها بالاجماع وأنت خبير بانه وان توقف حصول الاجرة على الصلوة لايلزم من ذلك قصدها عندها بل يمكن أن يقصد التقرب بالفعل لوجوبه عليه بالاجارة وفيما نحن فيه يقصد التقرب بالفعل لوجوبه عليه بالاصالة والاجارة مما يزعمه ان الاجارة صحيحة وان كان يعلم ان الاجارة باطلة فلا يتصور منه الا القربة الا أن لاينوي أصلا فتأمل ﴿ قوله ﴾ ﴿ ويصح الاستئجار للجهاد ﴾ الجهاد ان وجب على الاعيان بان يدهم المسلمين والعياذ بالله عدو لايندفع الا بعموم القيام في وجهه فلا يجوز الاستئجار عليه لانه حينئذ فرض عين وكذا ان عينه الامام عليه السلام وان لم يجب على الاعيان ولم يعينه وكان فرض كفاية جاز الاستئجار عليه كما طفحت به عباراتهم في باب الجهاد والمكاسب والباب وقضية ما أصلناه في

والحج والصلوة لمن لا يجب عليه ويقع عن المستأجر لكن يشترط في الصلوة الموت وكذا الصيام (متن)

باب المكاسب من ان ما وجب كفاية لذاته وهو ماتعلق أولا وبالذات بالاديان يحرم أخذ الاجرة عليه انه لايجوز الاستئجار عليه حينئذ لكنه خرج بالاجماع منا حكاه الشهيد والمحقق الثاني كما خرج بالاجماع عن فرض العين اللبا من الأم فانه يجوز أخذ الاجرة عليه قطعا مع انه واجب عليها عينا لتوهم ان الولد لايعيش بدونه وان كان قد بينا في محله ان الواقع خلافه لكنهم قالوا ذلك كله ومثله اطعام الطعام للمضطر اذا كان له مال وتمام الكلام في باب المكاسب ﴿ قوله ﴾ ﴿ والحج ﴾ يجوز الاستئجار للحج عن الميت ويقع عنه واجبا كان عليه أو ندبا ويقع عن الحي فان كان ندبا جاز اختياراً وان كان واجبا اشترط فيه عدم التمكن وقد دلت على جميع ذلك الاخبار والاجماعات وبيانه في بابه ولو استأجره لحج التمتع دخلت فيه العمرة المفردة ولو استأجره لعمرة التمتع دخل الحج لقوله صلى الله عليه وآله دخلت العمرة في الحج هكذا وشبك بين أصابعه ولو استأجره لحج الافراد لم تدخل العمرة المفردة وبالعكس وتدخل محللات الحج فيه ﴿ قوله ﴾ ﴿والصلوة لمن لايجب عليه ويقع عن المستأجر لكن يشترط في الصلوة الموت وكذا الصيام ﴾ قد تقدم لنا في كتاب الصلوة انه يصح الاستئجار عن الميت للصلوة والصيام سواء كانا واجبين عليه لفوات أولا وقد أسبغنا الكلام في الاستدلال عليه وذكرنا في باب المكاسب انه يجوز الاستئجار على المستحبات والمكروهات والمباحات وانه لامانع فيها من أخذ الاجرة عليها من جهة ذواتها الا أن يكون مما يستحب للانسان أن يتعبد به لنفسه لانه مؤد فعله عن نفسه وكذلك ما كان كذلك من المستحبات الكفائية كاذان الاعلام أما مايستحب التبرع به للغير فلااشكال في جواز الاستئجار عليه وكذلك الحال في المكروهات التي يكره فعلها للانسان نفسه فانها لا يصح الاستئجار عليها ولعلها كلها كذلك وكذلك ما كان من المباحات عائداً لنفس الاجير كان يستاجره أن يخيط ثوب نفسه وقد قلنا هنالك انه يستفاد من كلامهم في ذلك الباب انه يصح أن يستأجره لصلوة الليل عنه ونوافل الظهرين ونحو ذلك حيث يقولون مايجب على الانسان فعله تحرم الاجرة عليه كتغسيل الموتى وتكفينهم ودفنهم وحملهم الى المغتسل والى القبر وحفر قبورهم والصلوة عليهم ثم لو أخذ الاجرة على المستحب منها جاز أو الاقرب جوازه ويستندون في ذلك الى عموم أدلة جواز الاجرة على مطلق الاعمال من غير وجود مانع من اجماع أو منافاة للاخلاص والى انه فعل سائغ كالحج والصلوة من دون تقييد بكونها عن ميت كما وقع لبعض وكالحج وسائر العبادات كما وقع في جملة من العبارات وهو الذي صرح به الشهيد في حواشي الكتاب في باب الوكالة وحكاه في الباب عن ابن المتوج قال انه قال يجوز الاستئجار للصلوة المندوبة في الحيوة ويستحق المستأجر الثواب والاجير الاجرة وهو قضية قوله في وكالة اللمعة حيث منع من الوكالة في الصلوة الواجبة في حال الحيوة وهو يعطي جوازها في المندوبة قال في (الروضة) واحترز بالواجبة عن المندوبة فتصح الاستنابة فيها في الجملة كصلوة الطواف المندوب وصلوة الزيارة وفي جواز الاستنابة في مطلق النوافل وجه لكنه في جامع المقاصد في المقام قال لكن يشترط في الصلوة الموت وكذا الصيام بالاجماع انتهى وهذا الاجماع استنباطي لانا لم نجد من اشترط الموت الا المصنف في التحرير

ولو استأجر ولي الميت عنه لصلوته الفائتة وجب على الاجير الاتيان بها على ترتيبها في الفوات (متن)

فانه اشترطه في الصلوة وقد سمعت اطلاقاتهم وماصرح به الشهيد وما يفهم منه ومن الشهيد الثاني فليتأمل في ذلك وبعد ذلك فالظاهر من حال الشارع في العبادات ارادة العبودية وهي ظاهرة في المباشرة ﴿ قوله ﴾ ﴿ ولو استأجر ولي الميت عنه لصلوته الفائتة وجب على الاجير الاتيان بها على ترتيبها في الفوات ﴾ قال الشهيد قال عميد الدين المراد بالولي من له الولاية حتى لو كان ولدا اكبر وقلنا بوجوب القضاء عليه فان له الاستئجار سواء أوصى الميت أولا لان المقصود براءة ذمة الميت وهو يحصل بفعل الولد وغيره وخالفه في ذلك الفخر والحق ما قاله عميد الدين انتهى (قلت) قد تقدم لنا ان المراد بالولي في قولهم يقضي الولي ونحو ذلك اكبر ولده الذكور وفي (الذكرى وكشف الالتباس) انه مذهب الاكثر وبه صرح جمهور علمائنا في باب الحبوة وفي (صلوة العروس) ان ظاهر الروايات انه الاقرب مطلقا وهو أحوط ومثله ما في الذكرى وقال في (صوم العروس) انه أكبر أولاده الذكور عند الشيخ وعند المفيد هو فان فقد فأكبر أهله الذكور فان فقد فالنساء ثم قال وهو ظاهر القدماء والاخبار والمختار وتمام الكلام في ذلك في الفروع التي ذكرها في آخر مباحث المواقيت من كتاب الصلوة وقد حكينا هناك ماحكيناه هنا عن السيد العميد والشهيد وأنهيره صوم العروس وحكينا عن علم الهدى وابي علي والقاضي وابي المكارم انهم خيروا الولي بين القضاء وبين الصدقة عن كل ركعتين بمد فان لم يقدر فعن كل أربع بمد فان لم يقدر فعن صلوة النهار بمد وعن صلوة الليل بمد وقد ادعى عليه الاخيران الاجماع وانكر ذلك عليهم المصنف في المختلف والشهيد في الذكرى وقد وافق في الذكرى فخر الاسلام وقال انه ليس للولي الاستئجار ولا توجيع في الروضة وكشف اللثام لانها تعلقت بحي ولستنابته ممتنعة من ان المطلوب القضاء ويتفرع عليه تبرع غيره وقد نص على وجوبها على الولي في عدة كتب وعن شرح جمل السيد للقاضي الاجماع عليه وقد صرح جماعة بانه لو أوصى بها سقطت عن الولي وتمام الكلام في الموضع الذي اشرنا اليه آنفا وقال الشهيد قال ابن المتوج أن المستأجر على الصلوة لا يجوز له التشاغل بشيء الا لضرورة كالاكل والشرب والنوم والاستراحة وبالجملة كل مايضطر اليه يباح له ومالا فلا والظاهر من العبارة انه اختاره لأنها غير نقية عن الغلط وقال في موضع آخر من الحواشي ما نصه أن الاطلاق في كل الاجارات يقتضي التعجيل وانه تجب المبادرة الى ذلك الفعل فان كان مجردا عن المدة خاصة فبنفسه والا تخير بينه وبين غيره وحينئذ فيقع التنافي بينه وبين عمل آخر في صورة المباشرة ومعناه أنه ان كان مجرداً عن تعيين المدة خاصة لكنه اشترط فيه المباشرة بنفسه وجب عليه العمل بنفسه والا يكن مجردا عن المدة خاصة بان كان مجرداً عنها وعن المباشرة تخير بينه وبين غيره وقد فرع على ذلك صحة الاجارة الثانية في صورة التجرد عن المدة مع تعيين المباشرة كما منع في الاجير الخاص واستشهد عليه بما ذكروه في الحج من عدم صحة الاجارة الثانية مع اتحاد زمان الايقاع نصا او حكما كما لو أطلق فيهما أو عين في أحدهما بالسنة الاولى وأطلق في الاخرى وقال أبو العباس بن فهد في رسالة أرسلها الى أهل الجزائر فليعلم من سمع كتابي من المومنين عامة ومن الموالي والفقهاء خاصة بأن الانسان اذا ابتلى أن يحمل تكليفا على تكليفه ويتقلد عبادة عن غيره سواء

كان ذلك باختياره أو بايجاب الشرع وسواء كان وكيلاً أو وصيا أو وارثا فانه يجب عليه فيه أمور (الاول) التعجيل لانها واجبة على الفور فلو أخر لحظة واحدة عند امكان فعلها كان آثما عاصيا وقدح ذلك في عدالته وصار ضامنا للمال يعني ان كان وكيلا أو وصيا الى أن قال ولا يجوز لمن كان وارثا أو وصيا أن يؤخر الاستئجار للصلوة والصوم والحج اذا وجد العدل الامين ولا يجوز له اذا حصل له مصل يأخذ منه مائة نقداً أن يعدل عنه ويرغب الى من يأخذ سبعين بل يعاقب على التأخير في كل ان آن ويدخل في ذلك في جملة الفساق وفي عدد الظالمين وان كان المتعاطي فيهما فقد عدله الشرع وحرم تقليده والصلوة خلفه ووجب على الرؤساء ومشائخ القبائل عزله ووجب نفيه لان في بقائه مفسدة (قلت) اذا كان التأخير ليجد من يأخذ لاقل لتكثر عدد المصلين مع كون الكل مستعدين فلعله لا بأس به نعم لو كان للارفاق بالاطفال فالامر كما قال وهو مراده لانه صرح بذلك قبل ذلك مراراً قال ولا يلتفت الى الاطفال وان كان اذا أخرج ذلك عاجلا صاروا ضياعا جياعا وربما احتاجوا الى السؤال أو الموت وان أخر الى القابل امكن أن يستغنوا السنتين والثلاث لان حاجة الميت أولى وقال اذا سلم لاحد صلوة ينبغي أن يؤرخ يوم يخرجها ولا يعلمه ثم ينتظر عند ما يقول قد فرغت هل يمكن اداء ذلك في ذلك الزمان أم لا (قلت) اذا كان المصلي عدلا ثقة لا حاجة الى ذلك وقال في (المسالك) بعد نقل ما حكيناه عن الشهيد ويتفرع على ذلك وجوب مبادرة أجير الصلوة الى القضاء بحسب الامكان وعدم جواز اجارته نفسه ثانيا قبل الاتمام وقال وأما تخصيص الوجوب بصلوات مخصوصة وأيام معينة فهو من الهذيانات الباردة والتحكمات الفاسدة (ونحن نقول) لادليل على ما ذكره الشهيد وابن المتوج كما في الروضة والمسالك فان قالا هذا التعجيل مستفاد من أوامر الشرع في خصوص العبادات أو مطلقا فانها على الفور عند الاطلاق (ففيه) مع مخالفته للواقع انا نفرق بين ما أمر به الشارع لمحض العبودية وبين ما أمر به لمكان ايجابه على نفسه والغرض الاقصى تفريغ الذمتين فانه يفهم من الاول الفورية والمباشرة لتحقق العبودية ولا كذلك الثاني وان قال أنه يستفاد من الامر في قوله عز وجل أوفوا بالعقود (ففيه) ان الامر لا يدل بمطلقه على الفور عندهما ولا عند غيرهما من المحققين وانما هو للشيخ وبعض من تبعه وقد تأولناه له في باب المواقيت وقال في (المسالك) سلمنا لكن الامر بالشيء لا يقتضي النهي عن ضده الخاص سلمنا لكن النهي في غير العبادة لا يقتضي الفساد (وفيه) أنهم لعلهم لم يبنوا الامر في ذلك على الاقتضاء وعدمه بل على أنه لا زمان للاجارة الثانية لان كان الزمان مصروفا للاجارة الاولى لان المستأجر الاول ملك منافعه فيه فكان عاجزاً عن صرفها للثاني في ذلك الزمان فكان ممنوعا منه شرعا كالحائض اذا استؤجرت لكنس المسجد على ان عدم الاقتضاء على تقدير تسليمه انما يجعل العقد فضوليا ولا يمكنه الاتيان بالصلوة الثاني اذ لا يقدر أن ينويها واجبة لانه لا يعلم الاجازة وأيضا على تقدير تسليمه الاقتضاء فالنهي في المعاملة يقتضي الفساد كما حرر في محله وانهم وان اختلفوا فيه في الاصول فهم مطبقون عليه في أبواب الفقه وان قالا أنه مستفاد من الاجماع فلم نجد ذلك لاحد غيرهما نعم يستفاد من الاجماع الحلول بمعنى ان له المطالبة في الحال وجواز الفعل لا أنه مبني على التعجيل بمعنى أنه تجب المبادرة في ذلك في الوكالة والحوالة والرهن والصلح (فان قلت) كما يستفاد وجوب تعجيل الثمن والمثمن في المبيع للاجماع المحكي في الغنية والسرائر والاخبار فكذا هنا (قلنا) المستفاد من الاجماعين انما هو كون الثمن حالا كما هو قضيه اطلاق البيع لانه لما كان يقع سلما ونسيئة فالمدلول عنهما قضى بانه حال وشرع له الشارع خيار التأخير

فان استأجر اجيرين كل واحد عن سنة جاز لكن بشرط الترتيب بين فعليهما (متن)

المختص بالبيع وأما وجوب دفع الثمن والمثمن على الفور فانما نقول به اذا طلب كل منهما وصول حقه اليه و بذلك نقول هنا فانهما اذا اطلقا العقد وطلب منه العمل وجب عليه الفور اليه ولا سيما اذا دفع له الاجرة واما اذا لم يطلب أو شرط له صلوات مخصوصة و ياما معينة فلا يجب عليه التعجيل الذي ذكروه وكذا اذا لم يشترط وانما أجره أو استأجره على المتعارف بين الناس لعلمه بانه صاحب اشغال كثيرة وانه لا يتركها كلها لذلك فيختص الوجوب بالمتعارف من صلوات مخصوصة أو أوراد متعارفة و بالجملة يكون العقد حينئذ مبنياً على المسامحة والمواسعة ويكال الامر الى اختيار الاجير بحيث لا يعد مقصراً ولا متهاونا فكأنه قال له صل متى أردت بحيث لا تعد مضيعا متهاونا كما هو الشأن فيما اذا استأجره على خياطة ثوب أو كتابة كتاب ومنه يعرف الفرق بينه و بين الحج وفساد ما في المسالك فليتأمل جيداً لان لك أن تقول لا نسلم صحة الاجارة حينئذ لان الوصي والوكيل مخاطبان بالفورية والتعجيل الا أن لا يجدا أحداً يصلي الا كذلك أو يكون هذا المصلي ذا مزية عالية في العلم والعمل فليتأمل وأما وجوب الاتيان بها على ترتيبها في الفوات فلوجوب مطابقة فعل الاجير لما في ذمة المستأجر عنه كما ستعرف ﴿ قوله ﴾ ﴿ فان استأجر أجيرين كل واحد عن سنة جاز لكن بشرط الترتيب بين فعليهما ﴾ أما جواز استئجار أجيرين لصلوة ميت فلا شبهة فيه كما في جامع المقاصد ولما كان ما في الذمة مرتبا اشترط لصحة فعلهما الترتيب ولا يشترط ذلك لصحة الاجارة وان كانت قد توهمه العبارة قال الشهيد والترتيب أن يصلي هذا يوما وهذا يوما وهذا شهراً وهذا شهراً (قلت) وان يصلي هذا ظهرا وهذا عصراً و الحاصل هو أن يصلي أحدهما فرضا والآخر الفرض الذي بعده وهكذا لكنا نقول انا قد تتبعنا كلام الاصحاب في أواخر مباحث المواقيت من المقنعة الى المدارك وغيرها ممن تأخر عنها في القضاء عن الميت والقاضي والمقضي عنه حر وعبد ذكر وأنثى وما يقضى واستوفينا الكلام في المسئلة وفروعها وأطرافها وقد خطنا في ذلك باب الصلوة والصيام والوصايا والمواريث وغيرها وما وجدنا أحداً تعرض للترتيب المذكور مع كونه شرطا لصحة الفعل على القول به مع أنهم قد تعرضوا لفروع أخر لا تخطر بالبال الا بعد التنبيه عليها ولو كان هذا الترتيب شرطا لذكره أحد منهم لكن ظاهر المصنف وولده والشهيد والمحقق الثاني انه مما لا تأمل فيه حيث ذكروه جازمين به ولم يأتوا بلفظ أقرب أو أقوى أو أولى أو نحو ذلك ولعلهم يستندون الى قولهم جميعا الا من قل تترتب الفرائض اليومية اداء وقضاء وقد حكيا على ترتبها في القضاء الاجماع صريحا أو ظاهرا عن عشرة كتب وان معقده باطلاقه يتناول ما نحن فيه والى قوله عليه السلام فليقضها كما فاتته (وفيه) ان المتبادر من الفتاوى والاجماعات انما هو قضاء الحي عن نفسه اذا فاتته فلا دلالة فيهما على ما نحن فيه سلمنا لكنهم قد أطبقوا الا ما قل على انه اذا نسي الترتيب وجهله انه يسقط وهذا الميت الذي قد أوصى بالقضاء لا نعلم أنه فاته ذلك لان الاصل في المسلم أن لا يخل بواجب وقد قال في الذكرى اشتهر بين متأخري الاصحاب قولا وفعلا الاحتياط بقضاء صلوة يتخيل اشتمالها على خلل بل جميع العبادات الموهوم فيها ذلك الى أن قال ربما تداركوا ما لا مدخل للوهم في صحته و بطلانه في الحيوة و بالوصية بعد الممات الى أن قال ان اجماع عصرنا ومن راهقه عليه فانهم لا يزالون يوصون بقضاء العبادات مع فعلهم اياها ولو علمنا أنه فاته فلا نعلم أنه عالم

فان اوقعاه دفعة فان علم كل واحد منهما بعقد الآخر وجب على كل واحد منهما قضاء نصف سنة وان جهلا فكذلك (متن)

بالسابق ومنه يعلم الحال في الاستدلال بالخبر على انه ظاهر أو صريح في المعنى وفي (كشف اللثام) أنه ضعيف سنداً ودلالة ووجه عدم وضوح دلالته عدم صراحته في وجوب الترتيب مع كثرة الخارج منه وعلى تقدير التسليم فمخصوص بصورة العلم بالسابق (ولك أن تقول) ان اطباق المعظم على سقوط الترتيب في صورة النسيان والجهل انما هو لمكان العسر والحرج ولا عسر هنا ولا حرج (لكنا قد نقول) ان القاضي لو نسي وصلى العصر قبل الظهر انها تصح ويصلي الظهر بعدها ولا نظن ان أحداً يبطلها وان تقول انك اذا سلمت تناول الفتاوي والاجماعات والخبر لما نحن فيه يلزمك القول بالترتيب فيما اذا علمنا الفوات وأنه عالم بالسابق وهو كثير لان الصلوة الصحيحة في العوام أقل قليل ولا ريب ان الترتيب أحوط للولي والاجير وأشبه بالاصول (وليعلم) ان هذا الترتيب يحصل بالتوقيت بين الاجيرين ولكن لا بد مع ذلك من اتيان كل منهما بتمام اليوم أو اليومين أو الثلاثة أو أخبار الآخر بما قطع عليه من ظهر أو عصر أو غير ذلك ﴿قوله﴾ (فان أوقعاه دفعة فان علم كل واحد منهما بعقد الآخر وجب على كل واحد منهما قضاء نصف سنة وان جهلا فكذلك) المراد بايقاعها دفعة اقترانهما في نية كل صلوة كما صرح به الشهيد في حواشيه ووافقه عليه في جامع المقاصد واقترانهما في نية كل صلوة يتحقق باقترانهما في صلوة الظهر مثلا بأن ينوياها معا و باقترانهما فيها وفي صلوة العصر بان ينوي هذا الظهر وذاك العصر في آن واحد و بالجملة ان مخالفة الترتيب المذكور تحصل بأمور (الاول) أن يسبق أحدهما الآخر فالسابق بصلاته هو المعتبر فعله والمعتبر السبق بالنية كأن ينوي زيد الظهر مثلا ثم ينوي عمرو الظهر أيضا قبل اتمام زيد لها أو بعده وهكذا (الثاني) أن يبدأ زيد بالظهر مثلا ثم يبدء عمرو قبل اتمامها بالعصر مثلا فصلوة عمرو باطلة ولو بدأ عمرو بالعصر بعد الاتمام كانتا صحيحتين (الثالث) أن يبدء زيد بالظهر ويبدء عمرو بالعصر مقترنين في النية (الرابع) أن يقترنا في نية الظهر والاخيران هما المرادان من العبارة وقد يتوهم اختصاصها بالاخير وكلام جامع المقاصد منصب على ذلك وقد حكم المصنف بانه يجب على كل منهما قضاء نصف سنة سواء علم كل منهما بعقد الآخر أم لا لان النيتين لايمكن وقوعهما معا لان الترتيب شرط وكل من فعليهما صالح لاسقاط ما في الذمة فلا معنى لابطالهما معا فلا بد من اختيار أحدهما ولا أولوية في أحدهما على الآخر فحكم بالتنصيف جمعا وقد يفهم من قوله وان جهلا فكذلك أن هناك تفاوتا في الحكم وليس كذلك والعبارة الجيدة أن يقال فان اوقعاه دفعة وجب على كل منهما قضاء نصف سنة سواء علم كل منهما بعقد الآخر أم لا وقال في جامع المقاصد هنا اشكالات (الاول) أن الفعلين اذا وقعا دفعة فالاحوال أربعة اجزاؤهما معا وهو معلوم البطلان اذ الاجزاء انما هو فعل واحد فلا يعقل اجزاء الفعلين مع ان الاجزاء مطابقة الفعل للامر واجزاء أحدهما بعينه ترجيح بلا مرجح ولا بعينه أيضا باطل لان مالاتعين له في حد ذاته لاوجود له فكيف يوصف بالاجزاء فلم يبق الا بطلانهما (الثاني) ان ماذكره يقتضي اجزاء فعل أحدهما تارة وفعل الآخر تارة أخرى وهو قول بمجرد التشهي (الثالث) انهما اذا كان كل منهما عالما بالآخر فحال ايقاع النية لايكون أحدهما جازما بان فعله هو الواجب والجزم بالنية حيث يمكن شرط (وفيه)

وفي ضمان الولي اشكال (متن)

اشكال آخر وهو انه اذا كانا عالمين كانا منهيين عن الاقتران في الفعلين والنهي في العبادة يقتضي الفساد (الرابع) انهما اذا كانا جاهلين يجب الحكم بصحة فعليهما ولا يقدح فوات الترتيب لانه شرط مع العلم لامطلقا الا أن يقال أن عدم العلم بالترتيب انما يقتضي سقوطه مع جهل المكلف بدون القاضي عن غيره ويشكل بان القاضي عن غيره لو نسي وصلى العصر قبل الظهر صحت وصلى الظهر كالمصلي عن نفسه الا أن يقال أن اشتراط الترتيب في عقد الاجارة اقتضى عدم الصحة من دونه وبالجملة فالحكم في ذلك مشكل وليس له الاوجه واحد وهو أن الاتيان بالواجب مرتين جائز لامانع منه فاكلهما عند الله عز وجل يقع فرض المكلف والآخر نفل فحينئذ تسقط الاشكالات كلها الا ان ثبوت هذا الجواز يحتاج الى دليل انتهى (ونحن نقول) لايجوز الاتيان بالواجب من العبادة مرتين الا في مواضع خاصة لقيام الدليل عليها وعلى تقدير الجواز ففي سقوط جميع الاشكالات اشكالات (أما الاول) فلا مناص فيه عن ترجيح احدهما لابعينه أو القول بالتشهي لان اقصى ما عندك ان الواجب قد أتي به مرتين وكلاهما صالح لاسقاط ما في الذمة فنقول لك بأيهما سقط أبفعل زيد أم عمرو ولا تعيين فان قلت سقط نصفه بفعل هذا لابعينه ونصفه بفعل هذا لابعينه فهو الذي فررت من مثله وان قصدت بذلك الجمع بين المقين الا ان تقول انه لايضر الجهل لمكان الجمع كما هو الشأن في نظائره وهو مراد المصنف على الظاهر لكنه لم يندفع به الاشكل ثم أنهما قد يكونان متساويين فلا اكل عند الله عز وجل الى غير ذلك مما يمكن ان يقال في معنى قوله اكلهما عند الله تعالى يقع فرض المكلف والآخر نفل وفي مؤداها اذ لو كانت صلوة احدهما كلها اكل كيف تكفي عن صلوة الآخر فتدبر (وأما الثاني) فان كان مراد المصنف بالتنصيف عليهما الجمع بين المقين كما استظهرناه فلا ايراد به أصلا والا فلا يندفع بكون الواجب يجوز الاتيان به مرتين لانه لامناص عن أحد أمرين اما التشهي أو السقوط بغير معين (وأما الثالث) فلان الواجب الذي يجوز فعله مرتين وينوي به الوجوب هو الذي لم يطرأ احتمال بطلانه أو كونه نفلا فما نحن فيه اذا تيقن ان أحد الفعلين أو نصفه نفلا أو باطلا فحين ايقاع النية لايكون أحدهما جازما بأن فعله الواجب والآخر نفل والجزم بها ممكن بان يتأخر عنه ويترتب والمفروض انهما عالمان والجزم بها شرط حيث يمكن وليس مانحن فيه من باب المقدمة ثم يندفع بذلك الاشكال الآخر بل لايندفع به الا أن يفرض أنهما اقترنا في جميع صلواتهما في كل صلوة مخصوصة وان كل واحد منهما نوى الظهر الذي نواها الآخر لاغيرها وانما هي صورة واحدة وهي الرابعة مع التأمل في نية الوجوب منهما حينئذ ومن صور الاقتران الصورة الثالثة ولم يبين لنا حالها ولاتعرض لها في جميع ماذكر فتدبر وقد أشار بقوله الا أن يقال ان اشتراط الترتيب في عقد الاجارة الى آخره الى أن الترتيب مأخوذ شرعا في صحة فعل الاجيرين فاذا ورد عقد الاجارة ورد على شرط شرعي سابق على العقد لان مافي الذمة مرتب فقضاؤه كذلك ولم يأت من اشتراطه في عقد الاجارة حتى لو أخل به كان الفعل صحيحا بل لو أخل به هناك كان باطلا ولايندفع بما ذكر فتدبر ﴿ قوله ﴾ ﴿ وفي ضمان الولي اشكال ﴾ أصحه الضمان كما في الايضاح وهو الاقوى كما في الحواشي وجامع المقاصد لضعف المباشر بالتغرير وهو واضح فيما اذا علم وجهلا بالحال لانه غار مفرط لعدم الاعلام وقضية القواعد فيما

ويجوز الاستئجار للزيارة عن الحي والميت وفي جواز الاستئجار على الاحتطاب أو الاحتشاش او الالتقاط نظر ينشأ من وقوع ذلك للمؤجر او المستأجر (الثامن) ان تكون معلومة والاجارة اما ان تكون في الذمة او على العين والعين ان لم يكن لها سوى فائدة واحدة كفى الاطلاق والا وجب بيانها وعلى كل حال

اذا جهلوا جميعا لقوة السبب وضعف المباشرة وأما اذا علما أو علموا جميعا فلا رجوع وان علم أحدهما اختص بعدم الرجوع ووجه العدم أنهما مباشران وانه أنما استأجرهما للفعل الصحيح ولم يوقعاه والعلم مقدور لهما فالتفريط منهما لان ترك المقدور ينسب الى القادر (والجواب) ان مثل هذا الجهل لايعد مقدورا عرفا والا لم يثبت خيار المشتري الجاهل بالاجارة أو العيب أونحو ذلك الا أن تقول ان الطريق ليس منحصرا في الاقتران فكانت القدرة حاصلة فتأمل ﴿ قوله ﴾ ﴿ ويجوز الاستئجار للزيارة عن الحي والميت ﴾ كما في جامع المقاصد وهو قضية اطلاق التذكرة وظاهر اطلاقها واطلاق الكتاب أنه لافرق بين الواجبة والمندوبة وربما اشترط في الواجبة العجز ولعله حينئذ يسقط اصل الفعل كما هو الشأن في غيرها من المنذورات وربما قيل أن النذوان تناول فعل الناذر وفعل غيره جاز الاستئجار والا فلا ونفى عنه البأس في جامع المقاصد والمراد بالزيارة الحضور مع النية عند نبي أو امام أو ولي أو مكان شريف تستحب زيارته ولايدخل السلام وصلوة الزيارة فيها والمراد بالحضور الاشراف على الضريح واليه ينصرف اطلاق الزيارة كما في التذكرة قال أما لو استأجره من بعد فلا يجب الاشراف على الضريح المقدس والدليل على ذلك أنه فعل يقبل النيابة والدليل على قبوله النيابة الاخبار واستمرار السيرة حتى صار ضروريا ﴿ قوله ﴾ ﴿ وفي جواز الاستئجار على الاحتطاب والاحتشاش او الالتقاط نظر ينشأ من وقوع ذلك للموجر أو المستأجر ﴾ معناه من امكان دخول النيابة في ذلك فيقع المستأجر وعدمه فيقع للموجر ومرجعه الى أن تملك المباحات هل يحتاج الى نية أم لا بل يكفي مجرد الاخذ وقد تقدم له مثل ذلك من عدم الترجيح في باب اللقطة وقد تقدم لنا في موضعين من باب اللقطة ان تملك المباحات يتوقف على النية لما استفاض من النصوص المروية فيما حكي في قصص الانبياء والامالي وتفسير مولانا الامام العسكري عليه السلام والكافي حيث تضمنت تقريرهم عليهم السلام لجماعة كثيرين في تصرفهم فيما وجدوه في جوف السمكة بعد الشراء مع اشتمالها على العجز ويجبر اسانيدها الشهرة ويعضدها الاجماع الظاهر من المختلف وكذا التذكرة مع قوله صلى الله عليه وآله وسلم لكل أمرئ مانوي ولاقائل بالفصل مضافا الى غير ذلك مما تقدم بيانه وقوله في مواضع من جامع المقاصد ان ذلك لايعد حيازة فالظاهر بطلانه كما تقدم بيانه وحينئذ فجواز التوكيل والاستئجار واضح وعلى القول بعدم التوقف على النية فالظاهر ان القائل به لايقول به وان نوى العدم كالارث لانه يرده كلامهم في عدة مواضع وعليه فيتصور جواز الاستئجار والتوكيل وان لم نقل بانه يشترط في تملك المباحات النية فلم يتم مااطلقه المصنف وولده والشهيد من ان الحكم المذكور مبني على البناء المسطور وتمام الكلام في باب اللقطة ﴿ قوله ﴾ ﴿ الثامن ان تكون معلومة والاجارة اما أن تكون في الذمة أوعلى العين والعين ان لم يكن لها سوى فائدة واحدة كفى الاطلاق والا وجب بيانها وعلى كل حال

لا بد من العلم بقدر المنفعة والاعيان يعسر ضبطها لكن تكثر البلوى بثلاثة ويحال غيرها عليها (متن)

لا بد من العلم بقدر المنفعة ولاعيان يعسر ضبطها لكن تكثر البلوى بثلاثة ويحال غيرها عليها ﴾ العلم بالمنفعة لاخلاف في اشتراطه فيما أجد بمعنى العلم بقدرها بل العامة الذين اكتفوا في البيع بالمشاهدة وافقونا هنا وأوجبوا العلم بقدر المنفعة وقد صرح باشتراط كون المنفعة معلومة وكونها مقدرة بالزمان أو العمل وانه يجب أن تكون معلومة وأنه محتاج الى تعيينها على اختلافهم في التعبير عن ذلك في المبسوط والغنية والسرائر وجامع الشرائع والشرائع والنافع والتذكرة والتحرير والارشاد وسائر ما تأخر عنها الى الرياض وهو المستفاد من مجموع كلام الكافي والوسيلة وغيرها وفي (الرياض) نفي الخلاف عن ذلك أي اشتراط تقديرها بالمدة أو العمل وفي (الغنية) الاجماع عليه بل الحكم في المسألة عقلي قطعي وفي (التنقيح) لاخلاف في صحة تقديرها بالعمل المعين خاصة من غير زمان وبالزمان المعين خاصة من دون تقدير بالعمل وهذا وان كان مسوقاً لامر آخر لكنه نافع فيما نحن فيه والغرض من قوله في العبارة والاجارة اما ان تكون في الذمة الى آخره بيان انه يشترط في الاجارة ثلاثة أمور العلم بالعين وقدر المنفعة وبيان حال تعدد المنفعة واتحادها فلا يصح ان تقول اجرتك أحد هذين كما لا يصح أن يقول بعتك أحد هذين كما تقدم بل اما أن يلتزم العين في الذمة كما يلتزمها بالسلم وأما أن يؤجره عينا مخصوصة شخصية ثم ان لم يكن للعين الا منفعة واحدة كفى الاطلاق في حمل الاجارة عليها وان كان لها منافع وجب بيان المنفعة المطلوبة منها بالاجارة ولو لم يبين وأطلق فقد احتمل في التذكرة التعميم وقال انه أقوى ولعله أراد أنه أقوى من احتمال البطلان وعليه أي القول بالتعميم يلزمه امتثال ما يأمره به المستأجر وعلى كل حال من حالي اتحاد المنفعة وتعددها لا بد من العلم بقدرها وبتقديرها طريقان (الاول) الزمان وذلك فيما لا يمكن ضبطه الا به كالسكنى والارضاع (والثاني) العمل وذلك في المنفعة التي يمكن ضبطها به وقد قالوا ان هذه تنضبط أيضاً بالزمان فيكفي تقديرها بايهما كان وقد جعل ذلك في التذكرة قاعدة وضابطاً وذلك كاستئجار الآدمي والدابة فانه يمكن استئجارها بالزمان كخياطة شهر وركوب شهر وبالعمل كخياطة هذا الثوب وركوبها الى موضع معين وقد طفحت عباراتهم بذلك كالمبسوط والغنية والسرائر والشرائع والتذكرة والارشاد والكتاب فيما يأتي واللمعة والمسالك والروضة والرياض وقد سمعت ما فيه وما في الغنية من الاجماع ونفي الخلاف واقتصر في الفقه الراوندي وجامع الشرائع وغيره على التقدير بالمدة والعمل ومثله لا يعد خلافاً ونحوه ما في التنقيح من نفي الخلاف عن ذلك كما سمعت وجعل في التحرير ضابط ما يجوز بهما ما كان له عمل كالحيوان وما يختص بالزمان ما ليس له عمل كالدار والارض وينتقض الاول باستئجار الظئر للارضاع فانه عمل لا ينضبط الا بالزمان كما تقدم ويأتي وكذلك استئجاره للتكحيل وينتقض ضابط التذكرة المستفاد من كلام الاكثر استئجار الفحل للضراب فانه قد تقدم أنه يوقع العقد على العمل ويقدره بالمرة والمرتين اذا كان لضراب دابة واحدة وقد احتملنا امكان تقديره بالمدة اذا كان للماشية وفي تقدير المنفعة بهما خلاف يأتي بيانه ان شاء الله تعالى ويأتي هناك بعون الله تعالى ولطفه تمام الكلام (اذا عرفت هذا) فعد الى تمام الكلام في بيان العبارة ولما كان ضبط الاعيان كلها متعسراً أو متعذراً لمكان كثرتها وانتشارها فضلا

(الاول) الآدمي ويصح استئجاره خاصا وهو الذي يستأجر مدة معينة فلا يجوز له العمل لغيره فيها الا باذنه (متن)

عن ذكر ما يعتبر فيها وكان ما تم به البلوى وتدعو الحاجة الى الابتلاء بايجاره واستئجاره ثلاثة الادمي والدواب والارض اقتصر المصنف على ذكرها ليكون ضبطا جاريا مجرى القانون لضبط غيرها بارجاع غيرها عليها ويعلم حاله منها ﴿قوله﴾ (الاول الآدمي ويصح استئجاره خاصا وهو الذي يستأجر مدة معينة) اما جواز استئجار الآدمي فلا خلاف فيه بين العلماء كما في التذكرة وقد دل عليه الكتاب وأخبار الباب وغيرها كما تقدم واما جوازه خاصا فقد صرح به في الانتصار والمبسوط وجميع ما تأخر عنه الى الرياض وستسمع حكاية الاجماعات عليه وقد نبه على الحكم في النهاية بقوله ومن استأجر غيره الى آخره لكنه لم يسمه باسم وانما خلا عنه المقنع والمقنعة والمراسم وانفقه الراوندي وكم من حكم عمت به البلوى ترك في هذه المختصرات وقد وسم هذا الاجير الخاص بالخاص والمختص في الانتصار والمبسوط والسرائر وجميع ما تأخر عنها الى الرياض ووسم في الوسيلة والغنية وجامع الشرائع بالمنفرد ووسم أيضاً في الانتصار وفي المبسوط والسرائر بالمفرد ووجه تسميته بذلك ان منفعته المخصوصة منحصرة في شخص معين بحيث لا يجوز له العمل لغيره على ذلك الوجه وفي (المسالك) ان في اطلاق المخصوص عليه ضربا من المجاز ولو سمي مقيدا كان أولى لانه في مقابلة المشترك لا في مقابلة العام والمراد بالمشترك هنا المطلق انتهى ولا يخفى ان الخاص أوفق بالعرف بل وأنسب في المعنى وقد عرف بمثل ما في الكتاب أو عينه في الانتصار والمبسوط والغنية والسرائر والشرائع والتذكرة والتحرير والمختلف وشرح الفخر والتنقيح وايضاح النافع ومجمع البرهان وغيرها لكنه زيد في التذكرة وجامع المقاصد قولهما ليعمل بنفسه (قلت) لا بد من ارادة ذلك في عبارة الجميع لما ستعرف على انه يعلم من قولهم في المشترك هو الذي يستأجر لعمل مجرد عن المباشرة وقد أوضحه في جامع المقاصد بما حاصله انه هو الذي يستأجر للعمل بنفسه مطلقا مدة معينة أو لعمل معين مع تعيين أول زمانه ووافقه على ذلك الشهيد الثاني في كتابيه والخراساني والكاشاني وصاحب الرياض وقد حاول في الروضة بيان ان الشق الثاني مستفاد من المدة المعينة في كلام الاصحاب بقوله هو الذي يستأجر للعمل بنفسه مدة معينة حقيقة أو حكما كما اذا استؤجر لعمل معين أول زمانه اليوم المعين بحيث لا يتوانى فيه بعده وقد قصرت عبارة الوسيلة عن المعنى الثاني أعني الحكمي قال المنفرد هو المخصوص بالعمل الواحد ويصح بشرطين تعيين الاجل ان كان العمل مجهولا وتعيين العمل ان كان معلوما ولو قال وتعيين العمل وأول المدة لو كان معلوما لكان قد أتى بما اراد (وليعلم) ان مثل العمل المعين المسافة المعينة كأن يستأجره لحمل متاعه هنا الى مسافة معينة وأول الزمان غدا ﴿قوله﴾ (فلا يجوز له العمل لغيره الا باذنه) اما انه لا يجوز له العمل لغيره فقد صرح به في المبسوط والسرائر والشرائع والتذكرة والتحرير والارشاد والتنقيح وايضاح النافع وجامع المقاصد والمسالك والروض ومجمع البرهان والكفاية والرياض وعليه نبه في النهاية وهو قضية كلام الانتصار والوسيلة والغنية والنافع واللمعة والروضة بل هو صريح بعض هذه قال في (الانتصار) يختص المستأجر بمنفعته تلك المدة ولا يصح لغيره استئجاره فيها وخالف باقي الفقهاء في ذلك وهو بمعنى لا يجوز له العمل لغيره ويظهر منه انه اجماع منا وفي (الغنية) يختص عمله في المدة بمن استأجره بدليل ذلك الاجماع

فان عمل من دون الاذن فالاقرب تخير المستأجر بين الفسخ والمطالبة بأجرة المثل او المسمى الثاني له او لمستأجره (متن)

الماضي ذكره وفي (مجمع البرهان) كأن عدم جواز عمله لغيره مما لاخلاف فيه وفي (الرياض) الملزم بنفي الخلاف والاصل فيه بعد الاجماع انه ملك منافعه المطلوبة في تلك المدة فلا يجوز له صرف منفعته المملوكة للغير المضيقة وصرف زمانه المضيق المستأجر فيه في فعل آخر للغير ينافيه والمنع الشرعي كالمنع الحسي كما طفحت بهذا المعنى عباراتهم ولكن ذلك ينقض على جماعة منهم قولهم ان منافع الحر لا تملك استقلالا والا لساوى العبد وقد اخترنا فيما سلف وفاقا لفخر الاسلام في شرح الارشاد مخالفة هؤلاء لما ذكروه هنا ولما سيأتي من انه مخير بين أخذ المسمى واجرة المثل ولو كان غير مالك لها بل انما ملكها عليه في ذمته لم يكن له ذلك بل كان المسمى للاجير وليس عدم الجواز فيما نحن فيه مبنيا على مسئلة الضد لانه كان الواجب حينئذ تقرير الدليل هكذا انه وجب عليه العمل للمستأجر فلا يجوز صرفه الى غيره لان الامر بالشيء يقتضي النهي عن ضده الخاص ولان القائلين بالاقتضاء والقائلين بعدمه أطبقوا هنا على عدم جواز عمله لغيره وقال مولانا الاردبيلي يمكن فهم عدم الجواز من صحيحة اسحق بن عمار قال سألت أبا ابراهيم عليه السلام عن الرجل يستأجر الرجل باجر معلوم فيبعثه في ضيعته فيعطيه رجل آخر دراهم ويقول اشتر بها كذا وكذا وما ربحت بيني و بينك فقال اذا أذن له الذي استأجره فليس به بأس قال فانها تدل بمفهومها على البأس بدون الاذن فيمكن حمله على التحريم مع كونه أجيرا خاصا وقال في (الرياض) فيه نظر لاعمية الاجير فيه من الخاص وأعمية البأس (قلت) الاجير هنا خاص بالخاص والا فلا معنى لاستثنائه على انه يقضي بالكراهية في العام ولا قائل بها وقد استفاد هو وغيره في أبواب الربا وغيره التحريم من وجود البأس كما تقدم بيانه فيما سلف من هذا الباب ثم انه في مجمع البرهان نبه على ما ناقشه فيه وأما انه له ذلك اذا أذن له فوجهه واضح ولعله لذلك لم يتعرض جماعة كثيرون له (وليعلم) ان الممنوع منه انما هو العمل الذي ينافي العمل الذي استؤجر عليه كما بيناه آنفا وصرح به الجماعة المتأخرون لا مطلقا فيجوز للخياط التعليم والتعلم مع الخياطة والعقد ونحوه مما لا ينافيه بوجه فلا معنى لاحتمال المنع في المسالك ولا لقوله في الروضة فيه وجهان من التصرف في حق الغير وشهادة الحال اذ لاحق للغير وانما حقه العمل وقد حصل من دون أن يدخل فيه خلل ويجوز له العمل بالليل اذا لم يؤد الى ضعف في العمل المستأجر عليه بلا خلاف لان المراد الوقت الذي جرت عادته فيه كالنهار

﴿ قوله ﴾ (فان عمل من دون الاذن فالاقرب تخير المستأجر بين الفسخ والمطالبة باجرة المثل أو المسمى الثاني له او لمستأجره) قال في (جامع المقاصد) أي فان عمل الاجير الخاص لغير المستأجر في المدة التي عينت للعمل كلها فالاقرب تخيير المستأجر بين الفسخ والمطالبة باجرة مثل ذلك العمل أو المسمى ان سمى له شيئا باجارة أوجعالة للمؤجر والمستأجر ووجه القرب أما بالنسبة الى الفسخ فلفوات ما وقع عليه عقد المعاوضة أعني الاجارة فيرجع الى ماله وأما بالنسبة الى المطالبة باجرة المثل فلانها قيمة العمل المستحق له بعقد الاجارة وقد أتلف عليه فاستحق بدله وأما بالنسبة الى المسمى الثاني فلان العقد جرى على المنفعة المملوكة له وكان فضوليا بالنسبة اليه وكان له اجازته وأخذ المسمى ومتى طالب باحد الامرين فله مطالبة المؤجر لانه المباشر لاتلاف المنفعة المملوكة وكذا المستأجر الثاني لانه المستوفي لها

ومشتركا وهو الذي يستأجر لعمل مجرد عن المباشرة او المدة (متن)

انتهى وفيه نظر من وجهين (الاول) ان كلام المصنف ليس نصاً ولا صريحا في ما ذكره من أن المراد فسخ عقد نفسه بل هو محتمل احتمالا ظاهرا ان المراد بالفسخ هو فسخ العقد الثاني فيطالب المؤجر أو المستأجر بأجرة المثل وهما من جهة الرد على المفيد سواء الا ان الثاني باللازم ولعله أبلغ (وكيف كان) فتحرير المقام أن يقال أنه انما يجوز له فسخ عقد نفسه أو العقد الثاني اذا لم يسلمه الاجير نفسه ولم يعمل له عملا أصلا اما اذا سلمه نفسه أوعمل له أوعبده ثم أجر نفسه أوعبده فليس للمستأجر الاول الا أجرة المثل فيما بقي وليس له فسخ عقد نفسه ولا العقد الثاني سواء كان المستأجر الثاني استوفى المدة أو لم يستوفها كما يعطيه اطلاقهم السابق بل كاد يكون صريحاً في ذلك وفي (الحواشي) المنسوبة الى الشهيد انه له حينئذ فسخ عقد نفسه قال اذا فسخ عقد نفسه فان كان ذلك قبل أن يعمل الاجير له شيئاً فلا شيء عليه وان كان بعده تبعضت الاجارة ولزمه من المسمى بالنسبة لكن يجيء هنا في صحة الاجارة الثانية وجهان يلتفتان الى من باع مال غيره ثم ملكه وأجاز فان قلنا بصحتها فلا بحث والا عدل الى أجرة المثل كما اذا لم يكن هناك عقد ونبه على ذلك الشهيد الثاني في كتابيه وصاحب الرياض وهو خلاف ما تقدم لها ولكافة الاصحاب من ان غصب المؤجر والاجنبي بعد القبض لا يسلط المستأجر على الفسخ (وكيف كان) فالمستأجر الاول ان فسخ عقد نفسه حيث يجوز له كما هو المفروض في جامع المقاصد لانه فرض المسئلة فيما قبل القبض وأنه عمل للثاني تمام المدة فلا شيء له الا المطالبة بالمسمى ان كان دفعه له وان لم يفسخ عقد نفسه وبقي على الاجارة تخير في فسخ العقد الطارئ واجازته وهذا هو الذي أراده المصنف ووجه تخييره ان المنفعة مملوكة له وله عليها سلطان فله مراعاة الاصلح له والمنع من التصرف لانه يجري مجرى التلف والعاقد عليها فضولي فان فسخه رجع الى أجرة المثل عن المدة الفائتة لما ذكره هو وان أجاز ثبت له المسمى فان كان قبل قبض الاجير له فالمطالب به المستأجر خاصة لا الاجير لانه حينئذ بمنزلة الفضولي فلا يطالب بالثمن وهذا هو النظر الثاني وهو مما يرد على المصنف أيضا الا أن نقول ان اجازته لا تزيل الضمان الثابت بالعدوان السابق نعم ان كانت الاجارة بعد القبض وكانت الاجرة معينة فالمطالب بها من هي في يده وان كانت مطلقة فان أجاز القبض أيضا فالمطالب الاجير والا فالمستأجر ولا يفرق في ذلك بين أن يكون قد عمل الاجير عند غير المستأجر الاول وهو المستأجر الثاني كل المدة أو بعضها وهو للمستأجر الاول فيما اذا عمل الاجير للثاني بعض المدة الفسخ بالنسبة اليها خاصة وجهان تقدما فيما اذا رد الغاصب العين في أثناء المدة ويفهم من قول المصنف الاقرب حيث أراد الرد على المفيد والشيخ وسلار وأبي الصلاح وابن حمزة والمحقق في النافع حيث قالوا بالانفساخ كما اذا أتلف البائع المبيع قبل القبض ان المسئلة مفروضة فيما اذا كان ذلك قبل قبض المستأجر العين لو كان المستأجر عبداً أو حراً لم يسلمه نفسه ومما ذكر يعلم الحال فيما اذا عمل بجعالة وان عمل تبرعا وكان العمل مما له أجرة في العادة تخير مع عدم فسخ عقده بين مطالبة من شاء منهما بأجرة المثل والا فلا شيء له وفي معناه عمله لنفسه ولو حاز شيئاً من المباحات بنية التملك ملكه وكان حكم الزمان المصروف في ذلك ما ذكرناه

﴿قوله﴾ ﴿ومشتركا وهو الذي يستأجر لعمل مجرد عن المباشرة أو المدة﴾ هذا هو الاجير المشترك وكل من تعرض له كما ستعرفه سماه مشتركا الا الشهيد في اللمعة فانه سماه مطلقا وقال في (الروضة)

أنه أولى من تسميته مشتركا لانه في مقابلة المقيد وهو الخاص (وفيه) أنه قد روي في التهذيب بسند صحيح عن أبي الجوزاء منبه ابن عبد الله عن الحسين بن علوان عن عمرو بن (أبي خ ل) خالد عن زيد عن آبائه عليهم السلام انه كان يقول كل عامل مشترك اذا أفسد فهو ضامن فسألته ما المشترك فقال الذي يعمل لي ولك ولذا وهؤلاء الثلاثة وان كانوا من رجال الزيدية الا أن فيهم مدحا بل ربما وثق منبه وسماه أمير المؤمنين عليه السلام أيضا في خبر ضعيف بالمشارك فلعل نظر الاصحاب الى الخبر لكني لم أجد أحداً ذكر الخبر والا أشار اليه وقال في (الروضة) سمي مطلقا لعدم انحصار منفعته في شخص معين فمن ثم جاز له أن يعمل بنفسه أو بغيره مع أنه عد من أقسامه العمل المجرد عن المدة مع تعيين المباشرة فأمل وليس معناه ان منفعته مشتركة بالفعل بين المستأجر وشخص آخر بل معناه انه يجوز له العمل لغيره لان منفعته غير منحصرة في شخص معين وقال في (جامع المقاصد) في تفسير العبارة هو الذي يستأجر لعمل مجرد عن المباشرة مع تشخيص المدة كما يدل عليه ظاهر قوله أو المدة مثل ان يستأجره لخياطة الثوب و يعين أول الزمان أو يستأجره للخياطة يومين ولعله لو قال لتحصيل خياطة الثوب لكان أوضح ولعله أراد بالخياطة يومين التشخيص حقيقة بان يعين الاول والآخر أو اراد تقدير العمل بالزمان وهو كونه في يومين وان لم يكونا معينين فيكون غرضه ان المنقسمة حين التجريد عن المباشرة اما ان تعين بالعمل المشخص مع تشخيص المدة من دون تعليق كخياطة هذا الثوب ويعين أول الزمان وأما ان تعين بالزمان فقط بمعنى عدم تشخيص العمل كالخياطة يومين و يأتي عن قريب تحقيق ذلك وتحريره قال في (جامع المقاصد) في تمام تفسير العبارة أو الذي يستأجر لعمل مجرد عن المدة مع التقييد بالمباشرة مثل أن يستأجره ان يعمل عنده بنفسه من غير تعيين مدة فيكون العمل مطلقا باعتبار عدم تشخص الزمان (قال) و يعلم من العبارة ان المشترك مسمى آخر وهو الذي يستأجر للعمل مجردا عن المباشرة والمدة معا (قلت) وهذان لابد فيهما من تشخيص العمل لان المنفعة فيها خالية عن التقدير بالزمان فلا بد من تقديرها باحدهما وقد وافقه على تقسيمه للاقسام الثلاثة الشهيد الثاني في كتابيه والفاضل الخراساني وفي (الانتصار والغنية والتذكرة والمختلف) المشترك هو الذي يستأجر على عمل في الذمة ظاهر الاولين الاجماع عليه وفي (المبسوط والوسيلة والسرائر والشرائع والتحرير) انه الذي يستأجر على عمل مجرد عن المدة وفي (التنقيح) هو الذي يستأجر لعمل مطلق معين أو لزمان مطلق مضبوط مجرد عن المباشرة وأراد الاول المجرد عن المدة والمباشرة لكن قوله مطلق يريد في ذلك لانه لابد من تشخيص العمل كما تقدم واما الثاني فالظاهر منه أنه اراد به ما اذا قال أجرتك نفسي لتحصيل الخياطة في ضمن شهر من الشهور مثلا لا أزيد ولا أنقص لان هذا الزمان مطلق ومضبوط لكنه ليس واحد من الاقسام الثلاثة المتقدمة الا على الاحتمال الثاني في اليومين في عبارة جامع المقاصد كما تقدم و يأتي تحقيق الحال وفي (مجمع البرهان) أنه الذي يعمل عملا معلوما في زمن معين كلي كيوم أما مع تعيين المباشرة أو مطلقا ولا فانه يجب عليه ذلك العمل بنفسه أو بغيره أي زمان أراد (قلت) مثاله أن يقول له آجرتك نفسي على الخياطة بنفسي أو بغيري يوما فتأمل ولعل المصنف ومن تأخر عنه لما لم يعثروا على الخبر على ما ظهر لحظوا ما اعتبر في الخاص من القيود فصح لهم أن يقسموا المشترك الى الاقسام الثلاثة لانه يباينه بالاعتبارات الثلاثة اذ القسم الاول من المشترك يباين الخاص بالنسبة الى المباشرة والثاني بالنسبة الى المدة والثالث بالنسبة اليهما فيجوز للاول ايقاع عقد خاص ومطلق والثاني ايقاع المطلق قطعا واما الخاص فيحتمل

وتملك المنفعة بنفس العقد كما تملك الاجرة به فاذا استؤجر لعمل قدر اما بالزمان كخياطة يوم او بمحل العمل كأن يستأجره لخياطة ثوب معين (متن)

المنع والجواز لامكان التأخير حتى يمضي زمان الاجارة الثانية ثم ليس له أن يؤجر نفسه مدة حيوته مع تعيين المباشرة ويحتمل أنهم دققوا النظر ولحظوا الخبر فرؤا ان ماتضمنه جار في الاعتبارات الثلاثة ولعل السيدين ومن وافقهما على تعريفه بانه هو الذي يستأجر على عمل في الذمة لحظوا الخبر لانه أظهر في هذا التعريف مع ملاحظة احتمال المنع في القسم الثاني في كلام المتأخرين بالنسبة الى ايقاع العقد الخاص كما عرفت ولعل الشيخ في المبسوط ومن وافقه لحظوا الخبر وأن تشخيص المدة وتعيينها يقضي بكونه مقيدا غير مطلق لايصح له أن يعمل فيها لي ولك ولذاك وحكم الاول من الاعتبارات الثلاثة بالنسبة الى طلب المستأجر العمل منه أنه يجب عليه تحصيله في تلك المدة بنفسه أو بغيره فلو لم يفعل كان له فسخ عقد نفسه فلو لم يفسخ طالبه باجرة المثل عنه في تلك المدة وليس له فسخ عقد غيره ان كان قد اجر نفسه وليس له مطالبة المستأجر الثاني باجرة المثل وحكم الثاني وجوب العمل بنفسه متى طلبه فان لم يفعل فله فسخ عقد نفسه والرضا بالعمل متى ماعمله وليس له المطالبة باجرة المثل لاحد ولافسخ عقده ان كان عقد وحكم الثالث وجوب تحصيل العمل مطلقا متى طلبه وله فسخ عقد نفسه بالتأخير الكثير والرضا بالعمل فتأمل في الاول (وللشافعية تفسير آخر) للخاص والمشترك قال الخاص المنفرد هو الذي عين عليه العمل وموضعه ولم يشاركه في رأيه والمشترك هو الذي شاركه في الرأي وقال له اعمل في أي موضع شئت ﴿ قوله ﴾ (ويملك المنفعة بنفس العقد كما يملك الاجرة به) اطبق علماؤنا والشافعي وأحمد على أن المستأجر يملك المنفعة بنفس العقد وقد طفحت بذلك عباراتهم في مطاوي كلماتهم من غير خلاف أصلا وحكى في الخلاف على ذلك اجماع الفرقة وأخبارهم وحكى فيه وفي التذكرة الخلاف عن ابي حنيفة حيث قال أنه لايملكها المستأجر بالعقد لانه معدومة كالثمرة والولد فتحدث على ملك المؤجر ويملكها المستأجر شيئا فشيئا لكن أخبارنا ليست مصرحة بذلك وان كان يستفاد منها ذلك كصحيحة اسحق بن عمار ونحوها واما أنه يملك الاجرة أيضا بنفس العقد فقد حكيت عليه أيضا الاجماعات وطفحت به العبارات وعقدت له العنوانات وقد خالف أيضا في ذلك أبو حنيفة كما تقدم بيان ذلك كله وقد أعاده هنا تمهيداً لما بعده ﴿ قوله ﴾ (فاذا استؤجر لعمل قدر اما بالزمان كخياطة يوم أو بمحل العمل كأن يستأجره لخياطة ثوب معين) قد تقدم ان لمعرفة قدر المنفعة عندهم طريقين (أحدهما) التقدير بالعمل وان ذلك في كل منفعة يمكن تقديرها به وقد أشار هنا الى أمرين (الاول) ان معرفة العمل وتقديره تكون بتشخيص محله وتعيينه وظاهرهم جميعاً انه لايحتاج بعد ذلك الى شيء آخر وسيأتي له ماقد يخالف ذلك (والثاني) الى ماحمله ضابطاً في التذكرة كما تقدم من انه يصح فيما يقدر بالعمل فقط أن يقدر بالزمان فقط حيث قال قدر اما بالزمان وقد تقدم ان ذلك مستفاد من كلام المعظم وقد تقضا عليهم باستئجار الفحل والامر في ذلك سهل (والثاني) التقدير بالزمان وقد أشار في مطاوي كلامه الى ان بعض المنافع لايمكن تقديرها الا بالزمان وهي أعمال وغير أعمال فمن الاعمال الارضاع فقال وفي الارضاع تعيين الصبي ومحل الارضاع ومدته ومنها الكحل فقال ويقدر بالمدة خاصة ومن غير الاعمال الارض والدار فقال ويجب تعيين المدة في اجارة

الارض وقد تقدم نقل الفتاوى والاجماعات على ذلك كله بقي الكلام في شيء وهو أنهم مثلوا تقدير العمل بالزمان بما اذا استأجره للخياطة يوماً أو شهراً وقد وقع ذلك في المبسوط والمهذب وفقه القرآن للراوندي والسرائر والتذكرة والتحرير والارشاد والحواشي وجامع المقاصد والمسالك والروضة والروض والرياض وغيرها بل قال في الروض من دون أن يعين اليوم وقال في (جامع المقاصد) لا يشترط كون اليوم معينا لتعينه في نفسه بخلاف الثوب فانه يختلف باختلاف الامور التي سيذكرها المصنف فلا بد من تعيينه وفي (المبسوط والمهذب وفقه القرآن للراوندي والسرائر) تمثيل العلم بالمدة والجهل بالعمل بما اذا قال له استأجرتك شهراً أو يوما لتبني أو تخيط قالوا فهذه مدة معلومة والعمل مجهول قالوا في عكسه ما اذا استأجره ليخيط له ثوبه من دون ذكر مدة وقد صرحوا أيضا بانه يجوز أن يقول أجرتك الدابة للركوب يوما أو شهرا كما تقدم بيانه في أول هذا الشرط وقضية ذلك أن يصح أن يقول أجرتك الدار شهرا وان لم ينزل العقد على الاتصال وقد تقدم لنا نقل الخلاف في ذلك وانظاهر خمسة كتب البطلان منها التحرير والارشاد والروض ان لم ينزل على الاتصال وانه خيرة الخلاف والمبسوط والمختلف والتنقيح والمسالك والمفاتيح فبعضها ظاهر في ذلك وبعضها صريح حكينا عنهم ذلك في الشرط السادس فيما اذا أجره الدار شهرا وأطلق وفيما ذكر قبل ذلك ولكن قد يظهر من المقنعة والنهاية والخلاف والغنية والشرائع ان العقد صحيح وهو صريح القاضي والسرائر كما نبهنا على ذلك فيما اذا أجره كل شهر بدرهم فليلحظ فكلامهم هنا أما عدول عن ذلك لمكان العمومات وان الاجارة تحمل مالا يحمل غيرها من الجهالة واما مبني على الفرق بين العقار وبين الآدمي والدابة لكن ظاهر جماعة وصريح آخرين أنهما من واد واحد قال في (الغنية) فان كان سكنا احتيج مع ما تقدم من الشروط الى تعيين المدة وان كان دابة افتقر الى ذلك أيضا بدليل اجماع الطائفة واما أن ينزل على التعيين اما بالتشخيص والتسمية أو بالتنزيل على الاتصال لكنه يأباه كلام الجماعة جميعا وقد سمعت ما في جامع المقاصد والروض بل قال في جامع المقاصد أيضا وقد يقال ان الايام تختلف اختلافا بينا بطول الزمان وقصره فيفتقر الى التعيين على ان في بعض البلاد لا يستوفي النهار كله في العمل في زمن شدة الحر وطول الزمان وفي (حواشي شيخنا الشهيد) اشكال على خياطة اليوم من جهة الاختلاف في الصناع وهو اشكال آخر انتهى لكنه قد مثل في الاربعة الاول أعني المبسوط والثلاثة التي بعده ما اذا كان العمل معلوما والمدة معلومة بما اذا قال له استأجرتك اليوم لتخيط قميصي هذا اذ قد يعطي ان اليوم فيما مثلوا به للعلم بالمدة وجهل العمل متصل بالعقد فليتأمل في المسئلة وفي الجمع بين كلامهم وقد قال في (التذكرة) في أواسط الباب لا بد فيما قيد بالمدة من تعيين ابتدائها أو انتهائها بلا خلاف وفرع عليه أنه اذا قال أجرتك سنة أو شهراً وقصد الاطلاق على معنى سنة من السنين أو شهراً من الشهور لم يكف تعيين القدر قال بل لا بد من تعيين المبدء ويكفي عن تعيين المنتهى وبالعكس بلا خلاف (ثم قال) فان لم يقصد الاطلاق المذكور حمل على ما يتصل بالعقد انتهى وهذا يحكم على من يظهر منه عدم الاشتراط وعلى من أطلق لكن الظاهر ان ذلك في العقار فيكون فرق بينه وبين الآدمي والدابة لان المدار فيهما على العمل فتعيينه تارة بتشخيصه وتارة بالزمان وان كان غير معين ولا كذلك العقار فان منافعه لا قوام لها الا بالزمان فالزمان جزء فيها فلا بد من تعيينه لكن لم نجد لهم كلاما صريحا في ذلك ولعل ما أطلقوه لا يكفي في ذلك وقد سمعت ما في الغنية وغيرها لكن لا مناص عن ذلك مع موافقة

ويصح هذان في الذمة ومعينا فاذا عينه بالمحل وجب تعيين الثوب وطوله ونوع التفصيل ونوع الخياطة ولو جمع بين الزمان والمحل بطل للغرر (متن)

الاعتبار فتأمل ﴿قوله﴾ ﴿ويصح هذان في الذمة ومعينا﴾ أي يصح تعيين العمل بالزمان وتعيينه بمحل العمل سواء كان العمل في الذمة أو معينا بتعيين الاجير ﴿قوله﴾ ﴿واذا عينه بالمحل وجب تعيين الثوب وطوله ونوع التفصيل ونوع الخياطة﴾ كما في التذكرة وجامع المقاصد لاختلاف العمل والاجرة بذلك اختلافا بينا فتعيين الثوب يتحقق بالمشاهدة ولوصف ليعرف غلظه من رقته فتسهل خياطته أو تصعب وكذلك الطول والعرض ولا ينبغي أن يذكر العرض ويتحقق نوع التفصيل بالقباء والقميص ونحو ذلك ونوع الخياطة بالرومية والفارسية وغير ذلك قال في (التذكرة) لا أن تطرد العادة بنوع فيحمل المطلق عليه ووافقه في جامع المقاصد على ذلك وهو كذلك وقد ذكر في التذكرة هنا فرعا فذكره في جامع المقاصد هنا وقد تركناه لان المصنف سيتعرض له ﴿قوله﴾ ﴿ولو جمع بين الزمان والمحل بطل للغرر﴾ أختير البطلان فيما اذا جمع بين الزمان والعمل في التذكرة وشرح الارشاد واللمعة والتنقيح وجامع المقاصد والمسالك والروض والروضة والارشاد لكن قد قيد ذلك في ما عدا الاخير بما اذا قصد التطبيق بين العمل والزمان بحيث لا يزيد ولا ينقص بان يبتدىء بابتدائه وينتهي بانتهائه ومثلوه بخياطة هذا الثوب في هذا اليوم وركوب هذه الدابة الى موضع كذا في يومين وهو معنى ما في المبسوط والمهذب وفقه القرآن والسرائر من توجيه البطلان في المثال بانه ربما يخيط الثوب قبل مضي النهار فيبقى بعض المدة بلا عمل وربما لا يفرغ منه بيوم ويحتاج الى مدة أخرى ويحصل العمل بلا مدة وقد عنونوا ذلك بما اذا كانت المدة معلومة والعمل معلوما وقالوا ان ذلك لا يصح وان العقد يبطل حينئذ وهو معنى قوله في الوسيلة ولا يصح تعيين الاجل والعمل معا فان عينا بطل والوجه في البطلان على هذا التقدير مع أنه عبث لا حاجة بهما اليه ظاهر لانه يكون قد استاجره على ما لا قدرة له عليه فكانت صحة الاجارة مفضية الى بطلانها لانه اذا لم ينطبق العمل على المدة امتنع حصول المستأجر عليه فيجب أن تنفسخ الاجارة فلم يتضح لنا وجه تردده في الشرائع وتجويز الصحة في التحرير والحواشي فضلا عن الحكم بها في المختلف فيما حكاه عنه جماعة ولم أجده فيما عندنا من نسخه وهي متعددة وفيها الصحيح الملحوظ بنظر الشيوخ مستندين الى ان الغرض انما يتعلق (تعلق خ ل) بعمله لك المدة وذكر الانطباق للمبالغة اذ لا ثمرة مهمة في تطبيقه على الزمان والفراغ أمر ممكن لا غرر فيه فعلى هذا ان فرغ قبل آخر الزمان ملك الاجرة لحصول الغرض وهو التعجيل ولا يجب شيء آخر وان انقضى الزمان فللمستأجر الفسخ فان فسخ قبل حصول شيء من العمل فلا شيء له وان فسخ بعد شيء فاجرة مثل ما عمل وان اختار الامضاء الزمه بالعمل خارج المدة وليس للاجير الفسخ هذا ما ذكره في التحرير ولعل القلم أثبت المختلف مكان التحرير سهوا في حواشي الشهيد وتبعه المحقق الثاني والشهيد الثاني (وفيه) أنه خارج عن محل النزاع اذ المفروض ان العقد انما وقع على التطبيق لا العمل فقط والمدة ذكرت للمبالغة في التعجيل كما قضى به التوجيه والتعليل وحاصله أنه أراد الظرفية المطلقة فيما يمكن وقوع العمل فيها وذلك مما لاريب فيه وقد دلت عليه موثقة محمد الحلبي قال كنت قاعدا عند قاض من قضاة المدينة وعنده أبو جعفر عليه السلام جالس فاتاه رجلان فقال أحدهما اني

و يعين في تعليم القرآن السور او الزمان وفي الارضاع تعيين الصبي (متن)

تكاريت ابل هذا الرجل ليحمل متاعا الى بعض المادن واشترطت عليه أن يدخلني يوم كذا وكذا لأنها سوق واتخوف أن يفوتني الى أن قال فلما قام الرجل أقبل الي أبو جعفر عليه السلام وقال شرط هذا جائز الحديث وقد تقدم تمامه برمته عن الباقر عليه السلام ثم عد الى تفريع التحرير ولعل الوجه في ان للمستأجر الفسخ ان الاجير لم يف بالشرط وفي ان الاجير لم يملك الفسخ ان رضي المستأجر بالبقاء عليه ان الاخلال بالشرط جاء من قبله فلا يكون ذلك وسيلة الى ثبوت الخيار له كما لو تعذر المسلم فيه في وقته فان المسلم اليه لم يملك فسخ العقد وفي أنه اذا اختار الامضاء الزمه بالعمل لاغير انه كالمسلم اذا صبر عند فقد المسلم فيه الى حين وجوده فانه ليس له أكثر من المسلم فيه وفي ان للاجير أجرة مثل ما عمل اذا فسخ المستأجر انه اذا فسخ العقد سقط المسمى ورجع الى أجرة المثل (وفيه) انها لو زادت على المسمى ربما جعل الاجير التواني في العمل وسيلة الى أخذ الزائد فينبغي أن يكون له أقل الامرين مما يخصه من المسمى ان كان أتم العمل على تقدير التقسيط ومن أجرة مثل ذلك العمل فتأمل والاصح أنه له أجرة المثل مطلقا كما هو مقتضى القواعد (وليعلم) انه قال في الشرائع ولو قدر بالمدة والعمل قيل يبطل لان استيفاء العمل في المدة قد لا يتفق وفيه تردد ومراده الاشارة الى ما في المبسوط وغيره من ان استيفاء العمل في المدة المعينة على وجه التطابق بحيث يتمان معا قد لا يتفق غالبا لا ما قد يشعر به التعليل من كون المدة ظرفا للفعل بحيث يستوفى فيها فان هذا جعله متفقا بتكثير المدة كما تقدم ولعله متردد في حمل الاطلاق على التطبيق أو في امكان حصوله وعدمه أو في صحة اشتراطه على تقدير حصوله لان كان لا يتفق الا نادراً والظاهر أنه غير ماف التحرير فتأمل جيداً ﴿ قوله ﴾ ﴿ و يعين في تعليم القرآن السور ﴾ هذا مما لا خلاف فيه فيكون الاستئجار مقدرا بالعمل وسيأتي للمصنف أنه يقدره بالعمل فيعدد السور والمراد بتعدادها تعيينها فان التعيين لابد منه لامتناع الصحة مع الغرر ولا ريب أنه مع التعيين لاحاجة الى التعداد ﴿ قوله ﴾ ﴿ أو بالزمان ﴾ كما في التذكرة وجامع المقاصد وقد نسبه في الايضاح الى اطلاق الاصحاب ولعله أراد أن الاصحاب أطلقوا القول بجواز الاستئجار على تعليم القرآن حيث لا يجب وذلك يقتضي بانه لابد من التعيين وهو يكون بالزمان أو العمل لان كل مايتعين بالعمل يتعين بالزمان الا ماندر من نحو استئجار الفحل فتأمل وستشكل المصنف في تقديره بالزمان من تفاوت السور في سهولة الحفظ وقد استجود المنع من الاكتفاء بالزمان في التذكرة أيضا ومن أن طريق التعيين في الاجارة أحد الامرين كما بينه بذلك في جامع المقاصد ومن اطلاق الاصحاب كما بين به الوجه الثاني في الايضاح ولم يرجح و يرد على الشق الاول ان هذا التفاوت لا يعتبر لحصول التعيين المعتبر وذلك انما هو حيث يجوز الاستئجار كما تقدم و يأتي ﴿ قوله ﴾ ﴿ وفي الارضاع تعيين الصبي ﴾ كما في المبسوط والوسيلة والشرائع وجامع الشرائع والتذكرة والتحرير والارشاد وجامع المقاصد والمسالك ومجمع البرهان والمفاتيح لان الرضاع يختلف باختلاف الصبيان في الصغر والكبر والنهمة والقناعة ودر اللبن على بعض كما قيل كما يأتي وتعيينه يكون بمشاهدته وتمييزه عن غيره بل قال اكثر هؤلاء ولابد من مشاهدة الصبي واكتفى مولانا الاردبيلي بالوصف كالراكب وهو قول لبعض العامة لابأس به بل ظاهر جماعة عدم اشتراط هذا الشرط حيث يقتصرون على ذكر المدة والصبية مثل الصبي وان لم يذكرها الاصحاب

وعمل الارضاع اهو بيتها فهو اسهل او بيت الصبي فهو اوثق للولي في حفظه ومدته ولا تدخل الحضانة فيه وهل يتناول العقد اللبن او الحمل ووضع الثدي في فيه ويتبعه اللبن كالصبغ في الصباغة وماء البئر في الدار الاقرب والاول لاستحقاق الاجر به بانفراده دون الباقي بانفرادها والرخصة سوغت تناول الاعيان وعلى المرضعة تناول ما يدر به لبنها من المأكول والمشروب فان سقته لبن الغنم لم تستحق أجراً ولو دفعته الى خادمتها فالاقرب ذلك أيضا (متن)

المسالك وينبغي ان يشترطوا تعيين المرضعة لان الحال يختلف باختلافها وقد استحب الشارع اختيار العاقلة المسلمة العفيفة الوضيئة لان الرضاع مؤثر في الطباع والاخلاق والصورة والسان وهو أي الاشتراط خيرة مجمع البرهان وكذا المبسوط والسرائر والتذكرة والتحرير لانهم قالوا اذا ماتت بطلت الاجارة لكنهما لم يعداه من الشروط وقد يظهر ذلك من جامع الشرائع بل ومن الكتاب فيما اذا دفعته الى خادمتها وقد ترك ذكر اشتراطه الباقون بل ظاهرهم عدم اشتراطه وأظهرها عبارة الوسيلة وكذا التذكرة حيث جعل شروط الارضاع في الاول خمسة وفي الثاني أربعة ولم يعدا من جملتها تعيين المرضعة فتأمل وصريح قول المصنف فيما يأتي عدم الاشتراط حيث قال فان مات المرتضع أو المرضعة بطلت ان كانت معينة ومثله قال في السرائر وهو خيرة جامع المقاصد هنا والمسالك وهو ظاهر الايضاح ﴿ قوله ﴾ ﴿ وعمل الارضاع أهو بيتها فهو أسهل أو بيت الصبي فهو أوثق للولي في حفظه ﴾ اشتراط هذا الشرط خيرة المبسوط والوسيلة والتذكرة وجامع المقاصد والمسالك والمفاتيح لاختلاف محال الارضاع في السهولة والصعوبة والوثاقة في الحفظ كما اشار اليه المصنف وقد تردد فيه صاحب الشرائع مما ذكر ومن اصالة عدم الاشتراط وقد تركه الاكثر مع تعرضهم للاول وينبغي جريان الحكم في كل موضع يختلف فيه الفعل (العمل خ ل) ﴿ قوله ﴾ ﴿ ومدته ﴾ بالجر عطفا على محل الارتضاع المعطوف على المضاف اليه وقد تقدم انه لا يمكن تقديره الا بالزمان كما فى المبسوط وغيره وقد طفحت عباراتهم هنا باشتراط تعيين مدته كعبارة المبسوط والوسيلة والشرائع وغيرها للجهالة بدونه لانه لو ضبطه بالعمل لم نعلم قدر ما يحصل له من اللبن ولا القدر الذي يستوفيه فى كل مرة وقد تعرض له الامراض والاسباب الملهية كما ذكر ذلك في التذكرة لكن ذلك يأتي في التقدير بالزمان فتأمل ﴿ قوله ﴾ ﴿ ولا تدخل الحضانة فيه وهل يتناول العقد اللبن أو الحمل ووضع الثدي في فيه ويتبعه اللبن كالصبغ فى الصباغة وماء البئر فى الدار الاقرب الاول لاستحقاق الاجر به بانفراده دون الباقي بانفرادها والرخصة جوزت تناول الاعيان ﴾ قد تقدم الكلام فى ذلك كله فى الشرط الرابع مسبغا محررا بما لم يوجد فى كتاب ﴿ قوله ﴾ ﴿ وعلى المرضعة تناول ما يدر به لبنها من المأكول والمشروب ﴾ كما فى التذكرة والتحرير وجامع المقاصد لان مقدمة الواجب واجبة وانه من تمام التمكين فى الرضاع ويجب عليها أيضاً تناول ما يصلحه وعليه نص فى التذكرة والتحرير لان في تركه اضرارا بالصبي ﴿ قوله ﴾ ﴿ فان سقته لبن الغنم لم تستحق أجراً ﴾ كما في المهذب وجامع الشرائع والتذكرة والتحرير وجامع المقاصد لانه غير المستأجر عليه لانه ليس بارضاع فتكون متبرعة ومثله ما لو اطعمته ﴿ قوله ﴾ ﴿ ولو دفعته الى خادمتها فالاقرب ذلك أيضا ﴾ كما في المبسوط وجامع الشرائع والتذكرة والتحرير والايضاح وجامع المقاصد لكنه لم يخص الفرض بالخادمة في الاول بل قال امرأة غيرها ووجه أن الاقرب عدم استحقاقها أجراهو ما تقدم من

ويقدم قولها لوادعته لانها امينه وله ان يؤجر امته ومدبرته وام ولده للارضاع دون مكاتبته فان كان لاحدهن ولد لم يجز له ان يؤجرها الا ان يفضل عن ولدها ولو كانت مزوجه افتقر المولى الى اذن الزوج فان تقدم الرضاع صح العقدان وللزوج وطئها وان لم يرض المستأجر (متن)

أنه غير المستأجر عليه لأنه يختلف باختلاف المرضعات فحيث يطلق يحمل مطلقه على المباشرة لأنه المتبادر الى الفهم والعرف جاز عليه فيبطل المسمى لبطلان العقد ولا تجب اجرة المثل لأنها متبرعة ولعل هذا هو المراد من العبارة كما فهمه ولده وفيه نظر ظاهر لأنه على القول باشتراط التعيين يقع باطلا كما اذا أطلق ولم يعين الولد الا أن تقول ان التبادر يقوم مقام التعيين وينبغي الجزم بالاستحقاق على تقدير عدمه وقد يكون نزع المصنف في هذا الفرع الى القول بالاشتراط ولعله الظاهر هنا من جامع الشرائع كما تقدم التنبيه عليه ﴿ قوله ﴾ ﴿ ويقدم قولها لوادعته لانها أمينة على اشكال ﴾ وحكم بذلك في التحرير من دون التعليل ولعله لانه لايلزم من امانتها تقديم قولها خصوصاً وانما تريد بذلك اثبات استحقاق الاجرة لها وفي (جامع المقاصد) يمكن ان يحتج على ذلك بان ذلك فعلها وهي اعلم به ويعسر الاشهاد عليه ليلا ونهارا فلو لم تقبل يمينها لادى ذلك الى عدم الرغبة في الارضاع قال وهو حسن قلت وهو كذلك ﴿ قوله ﴾ ﴿ وله أن يؤجر أمته ومدبرته وأم ولده للارضاع ﴾ بلا خلاف كما في المبسوط وقد نص عليه في التذكرة والتحرير وجامع المقاصد لانهن مملوكات فليس لواحدة منهن الامتناع واجارة نفسها من دون اذنه وأراد بامته القنة والافا لكل اماء ﴿ قوله ﴾ ﴿ دون مكاتبته ﴾ كما في التذكرة وجامع المقاصد والحواشي وموضع من التحرير بغير فارقين بين المطلقة والمشروطة تصريحا من الشهيد والكركي والمصنف في موضع من التذكرة واطلاقا في موضع آخر لانقطاع سلطته عنها بالكتابة مطلقة أو مشروطة ولهذا لايملك تزويجها ولا وطئها ولا اجارتها في غير الرضاع ولها أن تؤجر نفسها مطلقاً من غير اذنه لأنه نوع اكتساب ومثل المكاتبة ما اعتق بعضها في انه ليس لمولاها اجارتها من دون اذنها وفي (المبسوط وموضع من التحرير) أن له ان يجبر المشروطة دون المطلقة وفيه نظر ظاهر نعم اذا عجزت المشروطة عادت قنة فتأمل ﴿ قوله ﴾ ﴿ فان كان لاحدهن ولد لم يجز ان يؤجرها الا أن يفضل عن ولدها ﴾ كما فى التذكرة والتحرير وجامع المقاصد لان السيد انما يملك فاضل حاجة مملوكة وكذا القول في كل مرضعة وانما خص المملوكات بالذكر لأنهن محكوم عليهن فهن في مظنة عدم ملاحظة ولدهن خصوصا اذا كان الولد مملوكا بخلاف الحرة بالنسبة الى ولدها لاقتضاء الشفقة الجبلية خلاف ذلك نعم يجوز له ذلك اعني اجارة امته وان لم يفضل عن ولدها اذا اقام له مرضعة ترضعه ﴿ قوله ﴾ ﴿ ولو كانت مزوجة افتقر المولى الى اذن الزوج ﴾ هذا باطلاقه يخالف ما سلفه من انه انما يفتقر الى اذن الزوج فيما يمنع حقوقه لامطلقا ولافرق بين الامة في ذلك والحرة وقد تقدم الكلام في ذلك مستوفى في الشرط السادس ونقلنا هناك كلامه هنا ﴿ قوله ﴾ ﴿ فان تقدم الرضاع صح العقدان ﴾ لعدم منافاة الرضاع للزوجية فلا اعتراض للزوج قطعا كما في المسالك كما تقدم لنا بيان ذلك ﴿ قوله ﴾ ﴿ وللزوج وطئها وان لم يرض المستأجر ﴾ هذا ايضا قد تقدم لنا الكلام فيه وأنه ان تقدم الرضاع ليس له وطئها الا وقت الفراغ منه حيث لايضر

فان مات المرتضع اوالمرضعه بطلت الاجارة ان كانت معينه ولو كانت مضمونه فالاقرب اخراج أجرة المثل من تركتهـا (متن)

باللبن ﴿ قوله ﴾ (فان مات المرتضع أو المرضعة بطلت الاجارة ان كانت معينة) كما في السرائر والحواشي وجامع المقاصد والمسالك بناء على انه لا يشترط في المرضعة التعيين فقيدوا البطلان بموتهـا بما اذا كانت معينة واختير في المبسوط والشرائع والتذكرة والتحرير البطلان بموت الرضيع أو المرضعـة من دون تقييدها بكونها معينة وظاهرهم هنا أنه يشترط فيها التعيين ويرشد اليه توجيهـه في التذكرة بان المنفعة قد فاتت بهلاك محلها فاشبهت البهيمة المستأجرة اذا ماتت فانهـا تنفسخ الاجارة فكذا هنا واستظهر في المسالك من الشرائع كونها معينة لمكان قطعه بالحكم فتأمل ومن الغريب ما في لايضاح في شرح العبارة فانه وجه احتمال البطلان بموت المرضعة باحتمال انصراف الاطلاق اليهـا والغرابة من وجوه وهي أن المصنف جزم بالبطلان بموتها اذا كانت معينة وهو فى محله فكيف احتمله احتمالا وجعل وجهه انصراف الاطلاق اليها والمفروض أنها معينة وقد عرفت فيما سلف ان القائل باشتراط التعيين يقول بالبطلان عند الاطلاق والقائل بالعدم يقول بالصحة عنـده والناس بين قولين وكل من تعرض لهذا الفرع جزم ببطلانها بموت المرتضع جزما من دون أقوى وأقرب ونحو ذلك بل في المسالك أنه لا اشكال فى ذلك فالاجماع من المتعرضين محصل لانه قد تقدم من هؤلاء المذكورين هنـا ومن غيرهم وهم جماعة الاطباق على اشتراط تعيين الصبي لاختلاف الصبيان في الصغر والكبر والنهومة والقناعة ودر اللبن عليه دون غيره وقضية ذلك بطلانها بموته وقد جعله في الايضاح احتمالا مع انه انما احتمل عدم البطـلان بموته بعض الشافعيه فجعلوا موته كموت الراكب وجعله في التذكرة كتلف الثوب لان اللبن قـد يدر على أحد الولدين دون الآخر فيتعذر اقامـة غيره مقامه ونحو ما في الايضـاح أيضا وهو كما ترى والاصل فيه ما ذكرناه ولافرق في ذلك بينه وبين الراكب اذا عين كذلك لأنه يختلف أيضا اختلافا كثيراً وأما در اللبن على البعض دون البعض فعلى تقدير تسليمه اذ المشاهد غالبا خلافه يجب على المستأجر أن يأتي لهـا بمن تدر عليه الا أن تقول انهما أرادا بذلك التنبيه على انه لا بد فيه من التعيين فليتأمل وقد قال ابن ادريس في المقام كالشيخ في المبسوط أنها تبطل بموت المستأجر الى ان قال ولاخلاف في ان موت المستأجر يبطل الاجارة وقد خالفه فيما سلف له قبله كما تقـدم الكلام في ذلك منصلا (وكيف كان) فحيث تبطل بموت أحد يرجع بحصة الباقي ان كان في الاثناء والافبالجميع ﴿ قوله ﴾ (ولو كانت مضمونة فالاقرب اخراج أجرة المثل من تركتها) كما في الايضاح وجامع المقاصد والمسالك لانها كغيرها من الاجارات المتعلقة بالذمة لان الارضاع في ذمتها بمنزلة الدين فينتقل الى مالها اذا فاتت ذمتها فتخرج أجرة المثل لما بقي من المدة من أصل تركتها لانها قيمة الواجب في الذمة فيدفع الى وليه ويحتمل انه أراد بغير الاقرب انه يجب على وليها الاستئجار للارضاع من تركتها لان الواجب في ذمتها هو الارضاع ولم يتعذر والا لانفسخت الاجارة ولامعنى للصبر الى أن يوجـد مرضعة في هذا الفرض وهو جيد جداً كما جزم به فيما يأتي قريبا فيما اذا مرض الاجير وكانت مضمونة نعم ان تعذر عليه ذلك تعين الاول وان تعذر بالكلية انفسخت ولافرق بين الموت والمرض المستوعب المدة وقد يكون أراد المصنف ان أجرة المثل تخرج من تركتها ليستأجر به عنه لاتدفع الى وليه لكنه

ويكفي في العمل مسماه ولواختلف فالاقرب وجوب اشتراط الجوده وعدمها ولو مرض الاجير فان كانت مضمونةلم تبطل والزم بالاستئجار للعمل وان كانت معينه بطلت (متن)

ليس حينئذ هناك شيء آخر غير الاقرب وقال في (جامع المقاصد) ويحتمل انفساخ الاجارة كما اختاره ابن ادريس فانه حكم بالبطلان بموت المرضعة والمرتضع والاب المستأجر ونحوه مافي الايضاح وقد عرفت أنه انما حكم في السرائر بالبطلان بموت المرضعة اذا كانت معينة وكأنهما لم يلحظا تمام كلامه فانه قال بعد ذلك بلا فاصلة لان الصبي اذا مات بطلت لاجارة وكذلك المرأة اذا كانت الاجارة معينة بنفسها انتهى وهلا نسبا خلاف الاقرب الى المبسوط وما ذكر بعده في المسئلة التي قبلها ﴿ قوله ﴾ ﴿ ويكفي في العمل مسماه وان اختلف فالاقرب اشتراط الجودة وعدمها ﴾ اذ كان العمل مما لاتختلف الاغراض باختلافه جودة ورداءة وآدابا وتوانيا كفى في تحصيل البراءة منه أقل مراتب ماصدق عليه الاسم وهو مسماه لغة كالضرب والاكل أو عرفا كالاحتشاش والاحتطاب أو شرعا كالصلوة والطواف وان كانت الاغراض تختلف باختلافه جودة كان تركه مفضيا الى الجهالة وغررا منفيا في الشريعة فيجب الاشتراط ويحتمل العدم فينزل الاطلاق على مايقع عليه الاسم وقال في (الايضاح) التحقيق ان هذه المسئلة راجعة الى الاختلاف بالاشتداد والضعف في سببه وان الناس قد اختلفوا على ثلاثة أقوال (الاول) انه اختلاف بالنوع وهو التحقيق (الثاني) انه باعتبار اجتماع الامثال (الثالث) انه باعتبار اجتماع الاضداد فعلى الاول يجب اشتراط الجودة وعدمها ولهذا اختاره المصنف وعلى الباقيين لايشترط فعلى الثاني يجب مسمى العمل وعلى الثالث لايكون الضد كالنوى في التمر وتراب المادة والشعير في الحنطة فيحمل على الجيد (ثم قال) والاصح عندي ما جعله المصنف أقرب انتهى وأراد باجتماع الامثال اجتماع الاجزاء مثلا السواد الكثير ذو أجزاء وهي أمثال ومرجعه الى اتحاد النوع وأراد باجتماع الاضداد اجتماع الاشياء المختلفة في الماهية وليست متلازمة عادة كالنوى في التمر بل المراد ان السواد الكثير يضعف بمخالطة غيره فالماهية واحدة فالاطلاق في هذا يحمل على الجيد الخالي من الضد (ونحن نقول) ان النوع في ذلك متحد ولكن لما كانت أفراده مختلفة جودة ورداءة وكانت الاغراض تختلف باختلافها أوجبنا اشتراطها رفعا للجهالة فالشأن في الاعمال كالشأن في الاعيان المتحدة الماهية وأفرادها مختلفة في الجودة والرداءة فكان النظر في كلامه من وجهين وأما اذا كان العمل يختلف بالاداب والتواني كما اذا استأجره الى المكان الفلاني فانه يحمل على الاوسط المعتاد لان الادآب فوق المعتاد نادر والاغراض لا تختلف به غالبا كالتواني والتراخي وليس هما كالسرعة والبطوء ولهذا قالوا في باب الغصب فيما اذا غصب عبداً له منافع انه يضمن أعلاها باوسطها أجرة كما تقدم بيانه فتأمل ﴿ قوله ﴾ ﴿ ولو مرض الاجير فان كانت مضمونة لم تبطل وألزم بالاستئجار للعمل ﴾ قد جزم هنا بانه يلزم بالاستئجار وجعله احتمالا فيما اذا ماتت المرأة ولم يتضح لنا الفرق بين الموت والمرض المانع من العمل طول المدة لان الواجب في ذمته الارضاع والعمل ولم يتعذرا حتى يجيء الفسخ فوجب الاستئجار فيهما والشارحان ساكتان ويجب تقييده بما اذا كان العمل معينا بالمدة كأن يستأجره شهراً في ذمته للبناء مثلا أما لواستأجره في ذمته ليبني له هذا البيت فانه ينتظر ولايلزم بالاستئجار لان المنفعة حينئذ معينة بالعمل ﴿ قوله ﴾ ﴿ وان كانت

وكذا لومات ولو اختلف العمل باختلاف الاعيان فالاقرب انه كالمعينه مثل النسخ لاختلاف الاغراض باختلاف الاعيان (متن)

معينة بطلت ﴾ وجهه ظاهر اذا استوعب المرض وتعين زمان الاجارة كما قيده بالاول في الحواشي وبه وبالثاني في جامع المقاصد لأنه اذا لم يستوعب المدة ومرض بعضها بطل فيه وتخير المستأجر وان لم يتعين الزمان انتظر ولا بطلان والظاهر ان الاول يغني عن الثاني ولذلك اقتصر عليه الشهيد ﴿ قوله ﴾ ﴿ ولو اختلف العمل باختلاف الاعيان فالاقرب انه كالمعينة مثل النسخ لاختلاف الاغراض باختلاف الاعيان ﴾ قال في جامع المقاصد أي لو اختلف العمل اختلافا بينا باختلاف الاعيان وقد عين بالوصف فالاقرب عند المصنف ان الحكم فيه كالمعينة ووجه القرب عدم حصول المستأجر عليه الامن الناسخ المعين فتبطل الاجارة بموته ويحتمل العدم لأنه العمل الموصوف في الذمة (واعلم) ان العبارة غير مستقيمة وذلك لان الذي يمكن تنزيل العبارة عليه هو انه اذا استأجره للكتابة الموصوفة بأوصاف لاتنطبق الا على كتابة كاتب مخصوص فانها كالمعينة لعدم انطباق الوصف الا عليه فاذا مات بطلت ويحتمل العدم لانها في الذمة فهي أمر كلي في الواقع وان لم يكن له الا فرد واحد فلا تنفسخ بالموت لان الكلي في الذمة فيتخير المستأجر بين الفسخ والصبر الى أن يوجد كاتب بذلك الوصف والاول أقوى لان الكاتب وان لم يتعين بسمته (تسمية خل) الا ان أوصاف الكتابة مثلا اقتضت تشخيصه خصوصا اذا علم انحصار الوصف في عمل ذلك الكاتب فان ظاهر الحال والمتعارف ارادته بالاطلاق اذ يبعد أن يستأجر لكتابة يتوقع لها حدوث كاتب على مرور الازمان وتراخي الاوقات وهذا الحكم حسن الاأن تنزيل العبارة عليه لايخلو من شيء لان قوله لو اختلف العمل باختلاف الاعيان بمجرده لايقتضي انحصار العمل الموصوف في فرد مخصوص وكذا دليله لا يرتبط بالمدعى فان ذلك لاينتج كون هذا كالمعينة تنفسخ بموت الكاتب الموجود بالاوصاف كما هو معلوم والحق ان العبارة غير حسنة انتهى كلامه برمته (ونحن نقول) انه رحمه الله تعالى ماألم بمعنى العبارة اذ معناها انه لما كان العمل يختلف باختلاف العاملين بالجودة والرداءة والخفة والبطوء قرب عنده ان هذا العمل لايصح جعله في الذمة مدة معينة بحيث يحصله ممن شاء لما في ذلك من الغرر لمكان الاختلاف الكثير اذ ربما يستأجر له كاتبا بطيئا في الكتابة يكتب له في اليوم كتابة غير جيدة مائتي بيت وهو يريد كاتبا يكتب فى اليوم كتابة جيدة خمس مائة بيت أو أكثر وفى ذلك كال الغرر وكذا الحال في الخياطة ونحوها فلابد عنده من تعيين الكاتب مثلاً دفعا للغرر سواء كان الكاتب هو المؤجر أو غيره مع امكان تحصيل المنفعة المذكورة منه فاذا قال له أجرتك نفسي لا كتب لك ماتشاء شهراً جرى مجرى أن يقول أجرتك نفسي لا كتب لك بنفسي فكانت كالمعينة كما قال المصنف لأنه ما عدل اليه دون غيره مع علمه باختلاف هذا العمل باختلاف العاملين الا وأراد العمل بنفسه وانما قيدنا كلامه بما اذا كان التعيين بالمدة لأنه اذا كان بالعمل كما لو استأجره على كتابة هذا الكتاب المعين الشخصي صح وان لم يعين الصانع لان المنفعة اذا عينت بالعمل وجب ضبط جميع ما يختلف به العمل من الجودة وعدد الاوراق وقدرها وعدد السطور في كل صفحة وقدر الحاشية ودقة القلم وغلظه عدا الخفة والبطوء لان الاختلاف فيهما الموجب للزيادة في العمل والنقيصة غير قادح في ذلك اذ الغرض تحصيل كتابة

ويجوز الاستئجار لحفر الآبار والانهار والعيون ويفتقر الى معرفة الارض بالمشاهدة وان يقدر العمل بالمدة (متن)

الكتاب المخصوص على الوصف المشروط وهو حاصل سواء أسرع أو أبطأ اذ لاغرر في ذلك وانما ترك المصنف التقييد بالمدة لظهور ذلك مما تقدم مراراً والى ذلك أشار بقوله في المبسوط لو استأجر رجلا ليحصل له خياطة خمسة أيام سد شهر لم يجز لان العمل يختلف باختلاف العامل من حدادته و بلادته فاذا قدر من غير أن تكون العين معينة كان في ذلك تفاوت شديد ومن الغريب انه فهم في التحرير ان عدم الجواز من هذه العبارة أنما هو لمكان الفصل بالشهر فانه نقل كلام المبسوط هذا الى قوله لم يجز وترك التعليل بالكلية وسكت عليه مع أنه في المبسوط قوي جواز الفصل ثم عدم الجواز مذهبه في الخلاف فاراد بهذه العبارة في المبسوط بيان ان عدم الجواز لم يكن من أجل الفصل بل مما علله (عقله خ ل) به وقد عبر عن هذه العبارة اعني عبارة المبسوط في الشرائع ولا تصح اجارة العقار في الذمة لما يتضمن من الغرر بخلاف استئجار الخياط للخياطة والنساج للنساجة واذا استأجره مدة فلا بد من تعيين الصانع دفعاً للغرر الناشي من تفاوتهم في الصنعة لكن بين كلام المصنف وكلام الشيخ والمحقق فرقا تظهر ثمرته عند الاطلاق فعندهما أنها تبطل لانه لا بد من التعيين وعنده انها تصح لانها تجري مجرى المعينة ويرشد الى ذلك أنه أشار في التذكرة الى كلام المبسوط بقوله وان قال الزمت ذمتك عمل الخياطة كذا يوما فالاولى الجواز للاصل وقال بعض الشافعية لا يصح لانه لم يعين عاملا يخيط فلا ترتفع الجهالة وليس بجيد لان الخياطة مدة معلومة وأمر معلوم فصح العقد انتهى ومن دقق النظر فيما ذكرنا ولحظ كلام المسالك ظهر له انه لا وجه لقصره تفاوت الصناع في الاعمال على الخفة والبطوء ولا لاعتراضه على اطلاق كلام الشرائع وجزم الشرائع في محله بناء على ما تقدم من أنه مع التقدير بالمدة لا يحتاج الى غيرها ولعل عدم جزم المصنف لما يأتي له بعد هذه في الاستئجار لحفر الأنهار وغيرها من بعض المسائل من أنه لا بد مع التقدير بالمدة من ذكر بعض ما يختلف الحال بذكره وعدمه فلتكن هذه منها فتبطل بدون التعيين وهذا هو المراد بغير الاقرب على ما فهماه وكلام الايضاح يخالف ما فهماه وما فهمه المحقق الثاني قال ما ذكره المصنف هو الصحيح فان الغرض لا يحصل من غير الناسخ فاشبه مالو أسلم اليه في نوع فدفع اليه غيره و يحتمل عدمه لانه ثبت في ذمته النسخ مطلقا والاصح الاول لتعين كل ما تختلف الاعراض به وخصوصاً الناسخ معتبر (١) لاختلافهم في الجودة والصحة انتهى وقد يكون المصنف أراد هنا بغير الاقرب ما ذكره في التذكرة من وجه الصحة ولعله غيرما في الايضاح أو هوهو فليتأمل ﴿ قوله ﴾ ﴿ ويجوز الاستئجار لحفر الانهار والآبار والعيون ﴾ كما نص عليه في المبسوط وهو قضية كلام الباقين كما ستسمع وقال فى (التذكرة) يجوز الاستئجار لحفر الابار والقنى والنهران والسواقي ولا نعلم فيه خلافا وقد ترك فيها ذكر العيون كالشيخ في المبسوط ولعلها لانها عندهم من أفراد البئر كما تقدم في باب الطهارة ﴿ قوله ﴾ ﴿ فيفتقر الى معرفة الارض بالمشاهدة وان قدر العمل بالمدة ﴾ يريد أنه لا بد من تقدير العمل أما بالمدة أو العمل فان قدر بالمدة كأن قال استأجرتك شهراً لتحفر لي بئراً أو نهراً أو نحو

---

(١) كذا في النسخ وحق العبارة أن تكون هكذا لان تعين الى قوله معتبر (مصححه)

ولو قدر بتعيين المحفور كالبئر وجبت معرفة دورها وعمقها وطول النهر وعمقه وعرضه ويجب نقل التراب المحفور (متن)

ذلك فانه لا يحتاج الى معرفة قدر البئر ودورها وعمقها وطول النهر وعمقه وعرضه كما صرح بذلك في التذكرة والتحرير وهو قضية كلام المبسوط وكذا السرائر ذكره في نوادر القضاء وقد احتمل الاحتياج الى ذلك في المسالك ولم يحتمله غيره من الخاصة والعامة نعم لا بد عند المصنف هنا من مشاهدة الارض التي يحفر فيها كما جزم به المحقق الثاني وفي (التذكرة) انه أقرب وقال في (التحرير) فيه نظر وظاهر المبسوط انه لا يشترط لانه تركه وهو خيرة بعض الشافعية لعدم الاختلاف واليه أشار المصنف بأن الوصلية ووجه اعتباره ان الاغراض تختلف بذلك باعتبار الاراضي في الصلابة والرخاوة فيحصل الاختلاف بالسهولة والصعوبة وفيه نظر لانه اذا كان المدار على الزمان فلا التفات لاختلاف الاعمال للاصل والاعتبار وما ذكر من اختلاف الاراضي والاغراض يجري في كل عمل قدر بالزمان فتأمل ويؤيد ذلك ما سيأتي له ولغيره في مسئلة ضرب اللبن وما بعدها من المسائل والمراد مشاهدة ظاهرها والباطن تابع لعدم الاطلاع عليه بها وقد اعترضه فيما يأتي في جامع المقاصد بان مشاهدة الظاهر لا يعرف منه حال ما يصل اليه العمل والوصف اقرب وستعرف الحال ﴿ قوله ﴾ (ولو قدر بتعيين المحفور كالبئر وجب معرفة دورها وعمقها وطول النهر وعمقه وعرضه) يريد أنه اذا قدر العمل بالعمل فلا بد من اعتبار العمق والسعة كما صرح به في المبسوط والسرائر والتذكرة والتحرير وجامع المقاصد والشرائع والارشاد والروض والمسالك والمفاتيح وكذا المهذب ومجمع البرهان مخافة الغرر لان العمل يختلف بذلك وقد أمر بالتأمل في الدليل مولانا المقدس الاردبيلي وفي الخمسة الاول التصريح بأنه لا بد من مشاهدة الارض لاختلافها بالسهولة والصعوبة قال في (التذكرة) ولا يمكن ضبط ذلك بالوصف وفي (جامع المقاصد) فيما يأتي في الاستئجار ان دعوى كون الوصف لا يفي بحال الارض بحيث يحصل الغرر معه مدفوعة فان الوصف التام ينفي الغرر وفي (الشرائع) وما ذكر بعده انه لا بد من تعيين الارض وهو يشمل المشاهدة والوصف الرافع للجهالة ويحتمل انهم أرادوا بالتعيين المشاهدة لانها أدخل في تحقق التعيين ويأتي للمصنف انه اذا استأجر للحرث وجب تعيين الارض بالمشاهدة أو الوصف فاكتفى هناك بالوصف وفي (جامع المقاصد) هناك انه لا يخلو عن قوة وقد مال أو احتمل في المسالك ان الوصف أضبط منها لامكان اطلاع مالك الارض على الباطن بكثرة الممارسة والمشاهدة لا تفيد الا معرفة الظاهر وفي (جامع المقاصد) فيما يأتي ان الوصف أقرب الى الكشف وليس كذلك فان أهل الخبرة بالارضين اذا شاهدوا الارض عرفوا صلابتها ورخاوتها ﴿ قوله ﴾ (ويجب نقل التراب عن المحفور) كما في المبسوط والسرائر ذكره في باب القضاء والتذكرة والتحرير وجامع المقاصد ومجمع البرهان لانه لا يمكنه الحفر الا بذلك فقد تضمنه العقد وقال في (جامع المقاصد) ثم ان نقله الى أي موضع يكون لم يتعرض له المصنف ولا وجدت به تصريحا ولعلهم اعتمدوا على رد ذلك الى العرف وهو واضح وقال وهل يكفي القاؤه الى حافة النهر أو البئر أم يجب ابعاده فيه احتمال انتهى (قلت) كلام التحرير فيه تنبيه على ان الواجب القاؤه على الحافة وهو الذي يقتضيه الاصل قال ولو وقع من التراب الذي أخرجه منها لزم الحفار اخراجه الا ان يقع بعد تسليمها محفورة ولعله لذلك قال ولا وجدت تصريحا وكأن في المسالك ما يخالف ذلك قال ولو وقع من التراب

ولو تهور تراب من جانبيه لم تجب ازالته كالدابة ولو وصل الى صخرة لم يلزم حفرها فله من الاجرة بنسبة ما عمل (متن)

المرفوع شيء وجب على الاجير ازالته لاستناده الى تقصيره في الوضع اذ يجب نقله عن المحفور بحيث لا يرجع اليه والمرجع في قدر البعد الى العرف انتهى فتأمل ولعل قوله في جامع المقاصد وهل يكفي القاؤه الى آخره بعد ان استوضح الرجوع الى العرف لايخلو من منافاة فليتأمل ﴿ قوله ﴾ (ولو تهور تراب من جانبيه لم تجب ازالته كالدابة) كما في المبسوط والسرائر ذكره في نوادر القضاء والشرائع والتذكرة والتحرير والارشاد وجامع المقاصد والروض والمسالك ومجمع البرهان لان الاجير قد امتثل ماوجب عليه ولم يتضمن عقد الاجارة اخراجه فيجبر على المالك اخراجه كما لو سقط فيها دابة أو حجر وما أشبه ذلك فلو امتنع المالك من اخراجه كان التقصير من قبله كما لو لم يفتح باب الدار لبناء جدار فيها ﴿ قوله ﴾ (ولو وصل الى صخرة لم يلزم حفرها) قال في التذكرة وان انتهى الى موضع صلب أو حجارة أو شجرة يمنع الحفر لم يلزمه حفره لان ذلك مخالف لما شاهده من الارض وانما اعتبرنا مشاهدة الارض لانها تختلف واذا ظهر فيها مايخالف المشاهدة كان له الخيار في الفسخ انتهى وبه فسر العبارة في جامع المقاصد واختاره على الظاهر منه هنا وهو خيرة التحرير والمراد بالمنع من الحفر في كلام التذكرة المشقة والعسر لا التعذر وعدم الامكان وفي (المبسوط والمهذب والسرائر) اذا وصل الى حجر فان أمكن حفره ونقبه لزمه وان كان عليه فيه مشقة وان لم يمكن حفره ولا نقبه انفسخ العقد فيما بقي انتهى وهذا حكاه في التذكرة عن بعض الشافعية وهو قضية كلام الشرائع والمسالك حيث عبرا بالتعذر وكذا جامع المقاصد حيث عبر في آخر المسئلة بالعجز (قال في الشرائع) ولو حفر بعض ماقوطع عليه ثم تعذر حفر الباقي اما لصعوبة الارض أو مرض الاجير أو لغير ذلك قوم حفره وما حفر منها ويرجع عليه بنسبته من الاجرة ولم ينص على انه حينئذ ينفسخ العقد كما في المبسوط (وقال في التحرير) ولو كانت الصخرة مما يمكن حفرها أو نقبها مع المشقة قال الشيخ يجب عليه ذلك وعندي فيه نظر انتهى ولعل مختار المصنف أشبه اذا لم يقطع عادة باشتمال تلك الارض على صخرة ولا وجب حفرها ولا يجوز الفسخ ﴿ قوله ﴾ (فله من الاجرة بنسبة ماعمل) أي متى فسخ الاجارة أو انفسخت بنفسها فله ذلك (فالاول) على مختار المصنف في كتبه وولده على الظاهر منه والمحقق الثاني (والثاني) على مختار المبسوط والسرائر وكذا الشرائع والمسالك وفي الاخير نسبته ان له ذلك الى الشيخ والجماعة ومعناه انه متى فسخ اوانفسخ فله من الاجرة أي المسمى بمثل نسبة أجرة ماعمل الى اجرة مثل المجموع لان التقسيط انما يكون باعتبار ذلك وقيمة المنافع أجرة امثالها فحينئذ تنسب أجرة مثل ماعمل الى أجرة مثل المجموع بان يقوم جميع العمل المستأجر عليه ويقوم ماعمل منفرداً وينسب الى المجموع فيستحق الاجير من المسمى بتلك النسبة ففي العبارة حذف كثير فلم به ويحتمل ان يكون أراد ان له من المسمى بنسبة ماعمل الى المجموع فتأمل ولو فرض تساوي أجرة الاجزاء فله من الاجرة على قدر ماعمل فلو استأجره على حفر بئر عمقه وطوله وعرضه عشرة عشرة فحفر بئرا عمقه وطوله وعرضه خمسة خمسة فله ثمن الاجرة لان ذلك ثمن القدر المشروط فمع التساوي له ثمن الاجرة ومع الاختلاف بالحساب وانما كان ذلك ثمنا لان مضروب المستأجر عليه بعضا في بعض وهو العشرة في الابعاد الثلاثة الف ومضروب الخمسة في الابعاد

وروي تقسيط عشر قامات على خمسة وخمسين جزأ فما أصاب واحداً فهو للاولى والاثنين للثانية وهكذا (متن)

الثلاثة وهي الخمسات الثلثمائة وخمسة وعشرون وهو ثمن الالف وطريق معرفته بالاعتبار انه لم يحفر من النصف الاسفل شيئا ولا من نصف النصف الأعلى ولا من نصف نصفه وذلك سبعة أثمان

﴿ قوله ﴾ ﴿ وروي تقسيط عشر قامات على خمسة وخمسين فما أصاب واحداً فهو للاولى والاثنين الثانية وهكذا ﴾ هذه الرواية رواها الشيخ في التهذيب في باب الزيادات في القضايا والاحكام عن سهل ابن زياد عن معاوية بن حكيم عن أبي شعيب المحاملي عن الرفاعي قال سألت أبا عبد الله عليه السلام عن رجل قبل رجلا يحفر له بئرا عشر قامات بعشرة دراهم فحفر له قامة ثم عجز قال تقسم عشرة على خمسة وخمسين جزأ فما أصاب واحدا فهو للقامة الاولى والاثنين للثانية والثلاثة للثالثة وعلى هذا الحساب الى العشرة وليس للشيخ الى سهل طريق وحاله معروف ومعاوية بن حكيم قد وسم المصنف في المنتهى في الطهارة في الدماميل والشهيدان في القصاص حديثه بالصحة وقد يظهر من الاخبار وغيرها انه ليس فطحيا وأبو شعيب صالح بن خالد ثقة وما زادوا على قولهم في الرفاعي وهو محمد بن ابراهيم انه من اصحاب الصادق عليه السلام فلم تكن قوية ولا معتبرة وقد قال في الشرائع وفي المسئلة قول آخر مستند الى رواية مهجورة (قلت) اما القائل به قبله فلم نجده بعد فضل التتبع من المقنع اليه بل الى الرياض الا من ستعرف واما انها مهجورة فكذلك لان الشيخ ذكرها في النهاية في أبواب النوادر على سبيل الرواية لا الفتوى قال روي وما زاد في المبسوط بعد ان ذكر الحكم كما حكيناه عنه على قوله روي أصحابنا في مثل هذا مقدرا ذكرناه في النهاية (وقال في السرائر) ان الشيخ ضعف هذا الخبر ولم يلتفت اليه وجعله رواية ولذلك اورده في ابواب النوادر في نهايته ولم يورده غيره من اصحابنا المتقدمين عليه لا المفيد ولا السيد ولا امثالهما رحمهم الله تعالى جميعاً وانتهى قلت ولا اوردها أحد بعده قبله في السرائر نعم عمل بها سبطه في الجامع وقد ردت في جامع المقاصد والمسالك بانها واقعة خاصة وحكم في عين فلا عموم لها (وفيه) أن أحكام الاعيان وقضاياها التي لا عموم لها انما هي ما اذا كانت افعالا مخالفة للقواعد الممهدة كقولهم قضى أمير المؤمنين عليه السلام وسجن ونحو ذلك لان الافعال لا عموم لها و طرف من ذلك ما وقع في بيان ذلك لبعض المعاصرين كشيخنا صاحب القوانين من انها انما تكون فيما اذا صدر الحكم من دون تقدم سوال الى آخر ما قال وقد حملها في الايضاح على ما اذا استأجره لاستقاء التراب واخراجه والحافر غيره وحملها المحقق الثاني والشهيد الثاني على ما اذا تناسبت القامات على هذا الوجه بحيث يكون نسبة القامة الاولى الى الثانية انها بقدر نصفها في المشقة والاجرة وهكذا وانما قسط ذلك على خمسة وخمسين نظراً الى ان تناسب القامات على هذا الوجه يقتضي جمع الاعداد الواقعة في العشرة فما بلغت قسطت عليه الاجرة ولا ريب أن الاعداد في العشرة(١) اذا جمعت بلغت ذلك وهو الضابط في مثل ذلك وطريق ضابط ذلك أن تضرب عدد القامات في نفسه فما بلغت زدت عليه عشرة ونصفته ففي المسئلة مضروب العشرة في نفسها مائة وجذر ذلك عشره اذا نصفتها كان خمسة وخمسين وذلك مجموع الاعداد التي تضمنتها العشرة (وليعلم) أن ضرب العدد في نفسه يسمى تجذيراً وتربيعا كضرب الاربعة في الاربعة وذلك العدد

---

(١) كواحد واثنين وثلاثة واربعة وخمسة وهكذا الى العشرة (منه قدس سره)

فان عمل به احتمل تعديه فتقسم الخمسة على خمسة عشر ولو استأجره لعمل اللبن (متن)

المضروب يسمى جذراً وحاصل الضرب وهو ستة عشر يسمى مجذوراً ويظهر من الايضاح بل ومن السرائر أنهما لم يظفرا بها الا في النهاية وقد يظهر من صاحب الكفاية انه لم يظفر بها اصلا ﴿ قوله ﴾ ﴿ وان عمل به احتمل تعديه فتقسم الخمسة على خمسة عشر ﴾ احتمال التعدي لمكان المشاركة في العلة والعدم لمكان الاقتصار فيما خالف الاصل على مورد النص وعلى الحلين المتقدمين فلا ريب في التعدية وكيف كان فحيث يتعدى اذا استأجره لحفر خمس قامات فحفر البعض ثم عجز أو عسر قسطت الاجرة على خمسة عشر لان مضروب الخمسة في نفسها خمسة وعشرون فاذا زدت عليها جذرها وهو الخمسة كان نصفها خمسة عشر وان استأجره لحفر اربع قسطت على عشر ﴿ قوله ﴾ ﴿ ولو استأجره لعمل اللبن ﴾ ظاهر من تعرض لهذا الفرع انه لا ريب في جواز ذلك لانه فائدة مقصوده معينه مباحه ويجوز تقديرها بالزمان كما هو ظاهر ولعل المصنف لم يتعرض له لظهوره وانه لا يشترط فيه شيء بعد تقديره به و بتقديره به صرح في المبسوط والتذكرة والتحرير وجامع المقاصد وظاهر المبسوط كما هو صريح التذكرة انه حينئذ لم يحتج الى ذكر العدد وموضع الضرب ومشاهدة القالب أو تقديره وهو الظاهر كما اشرنا اليه في مسئلة حفر النهر وفي (التحرير) انه لو قرنه بالزمان لم يفتقر الى ذلك سوى موضع الضرب على اشكال وفي (جامع المقاصد) انه يجب تعيين موضع الضرب وفي تعيين الموضع الذي يضرب منه أشكال من وجود كثرة الاختلاف وعدمه وقال وفي التحرير ذكر أشكالا في موضع الضرب والظاهر أن المراد به المعنى الثاني والظاهر وجوب تعيينه كالارض المحفورة وانما يكون ذلك بالمشاهدة لعدم انضباط ذلك بالصفه وقد صرح المصنف بذلك في التذكرة في مسألة حفر النهر والبئر ونحوهما ولا يجب شيء سوى ذلك وعبارة التحرير لا تخلو من مواخذة حيث قال ولو قرنه بالزمان الى آخر ما قد سمعت فانه باعتبار تفاوت الامكنه في القرب والبعد وموافقة الغرض ومباينته والاحتياج الى كلفة النقل وعدمه يتحقق الغرر بالاخلال بالتعيين انتهى كلامه بتمامه وفيه مواضع للنظر لانه استشكل في وجوب تعيين الموضع الذي يضرب منه ثم استظهر من دون تقادم عهد وجوب تعيينه واستنهض على ذلك ما ادعاه من أنه صريح التذكرة في مسئلة حفر النهر مع انه لم يتعرض هناك لضرب اللبن الا ان يستند في ذلك الى التعليل وتنقيح المناط وهلا لحظ صريح كلامه فيما في المسئلة فانه قد صرح بعدم الاحتياج الى موضع الضرب فضلا عن الموضع الذي يضرب منه الا أن تقول اراد بما استنهضه من التذكرة خصوص اعتبار المشاهده وعدم كفاية الصفه لا غير حيث يجب التعيين وهو كما ترى وخلاف ظاهر العبارة ثم ان الاولى بالمواخذه على مختاره عبارة التذكرة الصريحه في عدم وجوب تعيين موضع الضرب الا ان تقول انه فهم منها موضع الضرب منه وعبارة التحرير انما استشكل فيها فيما استشكل هو فيه اولا على ما فهم والذي فهمناه منه بعد معاودة النظر في نسختين منه أن الاشكال انما هو في تعيين موضع الضرب لا الموضع الذي يضرب منه ثم أن ما بينه من وجهي الاشكال كما ترى ثم انه لم يذكر الصلابة والرخاوة في مناقشة التحرير التي هي الاصل في الاشكال عنده لمكان احتياجها الى المشاهدة وارادة ذلك من موافقة الغرض

فان قدره بالعمل احتيج الى عدده وموضع ضربه وذكر قالبه فان قدره بقالب معروف والا احتيج الى تقدير الطول والعرض والسمك ولا تكفي الحواله على قالب مشاهد غير معروف ولو قدر البناء بالعمل وجب ذكر موضعه وطوله وعرضه وسمكه وآلة البناء من لبن وطين أو حجر وجص فان سقط بعد البناء استحق الاجر أن لم يكن لقصور في العمل كما لو بناه محلولا ولو شرط ارتفاع الحائط عشر اذرع فسقط قبلها لرداءة العمل وجب عليه الاعادة (متن)

ومباينته بعيده (١) ﴿ قوله ﴾ (فان قدره بعمل احتيج الى عدده وموضع ضربه وذكر قالبه) كما في المبسوط والتذكرة والتحرير وجامع المقاصد وزيد في الاخيرين تعيين الموضع الذي يضرب منه وهو كذلك وفي الاخير أن ذلك انما يحصل بالمشاهدة والوجه في اشتراط ما ذكره المصنف ظاهر ﴿ قوله ﴾ (فان قدره بقالب معروف) اي فذاك كما في التذكرة اولابحث كما في جامع المقاصد او جاز كما في التحرير ﴿ قوله ﴾ (والا احتج الى تقدير الطول والعرض والسمك) كما هو الشان في المكيال فانه أن كان معروفا لم يحتج الى ذكر مقداره والا احتيج ﴿ قوله ﴾ (ولا تكفي الحوالة على قالب مشاهد غير معروف) كما في التذكرة وجامع المقاصد لامكان تلفه فيتعذر معرفة القدر كما لو أسلم في طعام وشرط مكيالا معينه (وقال في التحرير) ان الاقرب الجواز وهو مذهب بعض الشافعية وفي (التذكرة) انه ليس بشيء والمراد بكونه غير معروف انه غير معروف باحد الطريقين المشاهده والتقدير ﴿ قوله ﴾ (ولو قدر البناء بالعمل ذكر موضعه وطوله وعرضه وسمكه وآلة البناء من لبن اوطين او حجر او جص) كما في المبسوط والتذكرة والتحرير وجامع المقاصد (قلت) اما وجوب معرفة الموضع فلانه يختلف بقرب الماء وبعده وسهولة التراب وصعوبته واما وجوب تعيين الابعاد والآله فظاهر والوجه في عدم ذكره الزمان ماتقدم وما زاد في المبسوط على قوله ويقدر ذلك بالزمان ماشاء من الايام ونحوه التذكرة والتحرير بظاهر كلامهم انه اذا قدره ولا يشترط ذكر شيء من الامور الثلاثة واحتمل في جامع المقاصد وجوب تعيين المحل والآله ﴿ قوله ﴾ (فان سقط بعد البناء استحق الاجران لم يكن لقصور في العمل كما لو بناه محلولا) كما في التذكرة والتحرير وجامع المقاصد والمراد بالمحلول الذي لايكون اجزاء العمارة فيه متداخلة وقضية العبارة انه لو سقط لقصور في العمل لم يستحق أجره وهو كذلك مل لو بناه محلولا ولم يسقط لم يستحق أجرة وبالجملة انه حيث يخالف المستأجر عليه والمأمور به لاأجره له وكل مانقص حينئذ من الآلات فعليه ارشه كما نص على ذلك فيما يأتي في الاحكام في الكتاب والتذكرة وجامع المقاصد وليس الحال في الاعمال كالحال في الاعيان فانه قد تقدم انه لو أجره الدابة او الدار فظهر فيهما عيب سابق أو تجدد فان له الخيار في الفسخ اوالامساك بالجميع وليس له المطالبة بالارش على الاصح كما تقدم محرراً ﴿ قوله ﴾ (ولو شرط لرتفاع الحائط عشر أذرع فسقط قبلها لرداءة العمل وجب عليه الاعاده) لما وقع وأتمام ماوقع العقد عليه كما في التذكرة والتحرير ويجب عليه تطف الموضع

(١) الا ان تقول المناقشة باعتبار نفيه الاحتياج الى ذكر ما يضرب فيه وفيه أنه حينئذ لا يطرد التعليل بكلفة النقل وعدمه (منه قدس سره)

ولو استأجره لتطيين السطح او الحائط جاز وان قدره بالعمل ويتقدر النسخ بالمدة والعمل فيفتقر في الثاني الى عدد الورق والسطور والحواشي ودقة القلم فان عرف وصف الخط والا وجبت المشاهدة ويجوز تقدير الاجر باجزاء الفرع أو الاصل والمقاطعة على الاصل ويعفى عن الخطأ اليسير العادة لا الكثير وليس له محادثة غيره وقت النسخ ويجوز على نسخ المصحف (متن)

ونهيشه للبناء لان شغله تلك الآلات بفعله وقد وقع على وجه غير مأذون فيه ﴿ قوله ﴾ (ولو استأجره لتطيين السطح أو الحائط جاز وان قدره بالعمل) كما في الحواشي وجامع المقاصد وجزم في التذكرة بأنه أنما يقدر بالزمان وقال لايجوز على عمل معين لان الطين يختلف بالرقة والثخن وأرض السطح تختلف فبعضها عال وبعضها نازل وكذا الحيطان فلم يجز الا على مدة معينة انتهى وحكى ذلك في الحواشي عن التحرير ولم اجده في نسختين منه ونظره في الكتاب الى أن ذلك مضبوط عرفا وعادة ولا يلتفت الى هذا التفاوت اليسير كسقي الماشية فيرجع فيه الى العرف واوجب في جامع المقاصد تعيين المحل والآلة وهو في محله في المحل ﴿ قوله ﴾ (ويتقدر النسخ بالمدة والعمل) قال في التذكرة يجوز استئجار ناسخ ليكتب له شيئاً مباحا لا نعلم فيه خلافا ﴿ قوله ﴾ (فيفتقر في الثاني الى عدد الورق والسطور والحواشي ودقة القلم)كما في التذكرة والتحرير وجامع المقاصد مع زيادة قدر الورق في الاولين وظاهره في كتبه الثلاثة انه ان قدر بالزمان لا يحتاج الى هذه الامور وفي (جامع المقاصد) يمكن أن يقال يجب التعرض لوصف الخط وقدر السطور والحواشي ﴿ قوله ﴾ (فان عرف وصف الخط والا وجبت المشاهدة) أي ان كان وصف الخط معروفا وضبطه بالوصف الرافع للجهالة ممكنا كفى وصفه فالجزاء محذوف والا وجبت المشاهدة ليندفع الغرر وبذلك صرح في التذكرة والتحرير وجامع المقاصد وذلك بعد اشتراط ماذكر ﴿ قوله ﴾ (ويجوز تقدير الاجزاء باجزاء الفرع والاصل والمقاطعة على الاصل) كما في التذكرة والتحرير وجامع المقاصد فالتقدير بالاجزاء كان يقول لكل جزء من الاصل أو الفرع درهم أو لكل ورقة كذا واما المقاطعة فكأن يقاطعه على نسخ الاصل باجرة واحدة وعلى التقدير بالاجزاء فهل يشترط العلم بها حين العقد أم يكفي العلم بها بعده احتمالان كما تقدم فيما اذا باعه استحقاقه من التركة وهو محصور الا انه غير معلوم القدر عند البيع وربما رجح هناك عدم الصحة فالاجزاء كذلك لمكان الغرر ﴿ قوله ﴾ (ويعفى عن الخطأ اليسير العادة لا الكثير) كما في التذكرة والتحرير وجامع المقاصد وفي الاخير ان المرجع في اليسير والكثير الى العادة وفي (التحرير) انه حيث لايعفى لو كان الكاغد من عند المستأجر كان عليه الارش ﴿ قوله ﴾ (وليس له محادثة غيره وقت النسخ) كما في الكتب الثلاثة لان ذلك يوجب غلطه وفي (جامع المقاصد) انه لو كان من عادته عدم الغلط بسببها لم يجز أيضا لان المحادثة معرضة للغلط انتهى وفيه نظر ظاهر وفي (التذكرة) ليس له التشاغل بما يشغل سره ويوجب غلطه ولا لغيره محادثة وشغل سره وكذلك الاعمال التي تفتقر الى حضور القلب وبجري ان عدم جواز محادثة غيره في الاعمال التي تفتقر الى حضور القلب صرح في التحرير ﴿ قوله ﴾ (ويجوز على نسخ المصحف)قد تقدم الكلام في ذلك في باب المكاسب وقد نقلنا هناك الحكم بالجواز من دون ذكر كراهية ولا شرط عن سبعة كتب وحكينا عن اجارة

وعلى تعليم القرآن الا مع الوجوب فيقدره بالعمل فيعدد السور أو بالزمان على اشكال ينشأ من تفاوت السور في سهولة الحفظ (متن)

التذكرة وجامع المقاصد نسبة ذلك الى أكثر علمائنا وتقلنا عن النهاية والنافع انه مكروه مع الشرط وعن (السرائر) الاجماع على انه مكروه معه وحلال طلق بدونه واستظهرنا ان الكراهية لاتخص المشترط بل تشملهما وانها تجري في تصحيفه وان المدار على مايسمى كتابة قرآن فلا كراهية في الحروز والتعويذات فليراجع ﴿قوله﴾ (وعلى تعليم القرآن الا مع الوجوب) قد حكينا في باب المكاسب ان جواز الاجرة على تعليم القرآن خيرة المعظم وانه مكروه عندهم وان المخالف في الاول الشيخ في الاستبصار وأبو الصلاح ففي (الاستبصار) ان أخذ الاجرة حرام مع الشرط ومكروه بدونه وأطلق التقي تحريم الاجر على تلقين القرآن وتعليم المعارف والشرائع وكيفية العبادات والفتاوى وخيرة الاستبصار وهو ظاهر موضع من التذكرة في الباب لكنه قد صرح بالكراهية في موضعين آخرين منه والمخالف في الثاني جماعة حيث أثبتوا الكراهة مع الشرط ونفوها بدونه وفي (السرائر) الاجماع على ذلك نفيا واثباتا وظاهر الارشاد والكتاب هنا عدم الكراهية أصلا وليعلم ان حكم الاجرة جار في الاجارة وتمام الكلام في الاقوال والاخبار وتفصيله في باب المكاسب وقد حكينا هناك عن ظاهر جماعة ان المراد بالقرآن الذي يجوز اخذ الاجرة عليه ليس كله فجماعة على انه هو ما زاد على الواجب عينا أو كفاية وآخرون على انه غير ما يحتاج اليه في الصلاة وبعض على انه لو تعين التعليم لم يجز له أخذ الاجرة والا جاز وبعض هؤلاء قيد ذلك بما اذ تعين لتعليم الاحكام الواجبة عينا وظاهر الاكثر ان المراد به كله حيث أطلقوا الكلمة بجواز أخذ الاجرة على تعليمه وجواز الاستئجار عليه وحررنا هناك تحريرا شافيا وهو ان الواجب من تعلم القرآن على قسمين عيني وكفائي وان العيني على قسمين ماوجب على الاعيان عينا وما وجب تخييرا وان الكفائي أربعة أقسام واحتملنا أنه باقسامه الاربعة منتف بعد اشتهار الاسلام وانتشاره ولله الحمد والمنة وعلى تقديره قلنا ان تعليم القرآن لمن وجب عليه التعلم عينا أو كفاية واجب كفائي واحتملنا في وجوبه على المعلم كفاية ان يكون وجوبه لغيره كحفظ المعجز أو غيره حتى يكون كالصناعات الواجبة كفاية أو يكون لذاته كالفقاهة واقامة الحجج العلمية وتغسيل الموتى فان كان الاول جاز أخذ الاجرة عليه وان تعين كما هو الشأن في الصناعات الواجبة كفاية توصلا وان كان الثاني أشكل الامر جدا في اطلاق المعظم جواز أخذ الاجرة عليه الا ان يقال بان مرادهم ذلك في غير تعليم الواجب عينا وان الواجب الكفائي باقسامه منتف او يقولون ان الواجب الكفائي على المعلم بالنسبة الى الوجوب العيني على المتعلم أيضا منتف فلا يجب الآن على احد كفاية ولا عينا تعلم شيء من القرآن لقيام الناس بذلك في الاعصار والامصار او يقال انا لسنا في حاجة الى تقسيم الواجب الكفائي الى القسمين المذكورين وان الاول يجوز أخذ الاجرة عليه دون الثاني بل المدار على وجوبه وحيث يسقط الوجوب بشروع الناس فيه او ظن القيام به يجوز أخذ الاجرة عليه سواء كان وجوبه على المتعلم عينا او كفاية كما تقدم ويأتي قريبا وقد اسبغنا الكلام في ذلك واستوفيناه اكمل استيفاء وبذلنا الجهد في توجيه كلام الاصحاب بحيث تلتئم الكلمة فلا بد من مراجعة ذلك هناك ﴿قوله﴾ (فيقدره بالعمل فيعدد السور) قد تقدم الكلام في ذلك وانه مما لا خلاف فيه وان المراد من تعدادها تعيينها ﴿قوله﴾ (او بالزمان على اشكال ينشأ من تفاوت الصور في سهولة الحفظ) هذا ايضا قد تقدم الكلام فيه مستوفى وقد جزم المصنف به هناك

ولو قال عشر آيات ولم يبين السورة لم يصح ويكفي اطلاق الآيات منها وحده لاستقلال بالتلاوة ولا يكفي تتبعة نطقه ولو استقل بتلاوة الآية ثم لقنه غيرها فنسي الاولى ففي وجوب اعاده التعليم نظر (متن)

واستشكل هنا ﴿ قوله ﴾ ﴿ ولو قال عشر آيات ولم يعين السورة لم تصح ويكفي اطلاق الآيات منها ﴾ أي السورة المبينة اما عدم صحة الاجارة في الاول فلان الآيات تتفاوت في الحفظ والتعليم سهولة وصعوبة والصحة وجه لبعض الشافعيه وأما أنه يكفي ان يقول له عشر آيات من سورة البقرة مثلا من دون تعيين الآيات فلتقارب آيات السورة الواحدة ولقوله صلى الله عليه وآله في تزويج سهل الساعدي ما تحفظ من القرآن فقال سورة البقرة والتي تليها فقال قم فعلمها عشرين آية وهي امرائك (وفيه اولا) انه لم يذكر ذلك صلى الله عليه وآله في معرض العقد اذ لم يوجد هناك ايجاب ولا قبول وانما ارشده الى ان يعقد عليها بمهر معين وايجاب وقبول (وثانيا) انه قد قطع الاصحاب بان المهر يحمل من الجهالة مالا يحمله غيره ولهذا اكتفوا بالمشاهدة عن اعتبار كيله ووزنه وعدده كما بين في محله والتفاوت بين آيات السوره في السهولة والصعوبة والقصر والطول امر واضح فيتحقق الغرر فلا يصح الاستناد الى التقارب فالاصح اشتراط تعيين الآيات والسور كما هو خيرة التذكرة وجامع المقاصد وهل يشترط تعيين القراءة ام لا قال في (التذكرة) ان الاولى وجوب تعيين قراءة أحد السبعة لانها تختلف فلا بد من التعيين واحتمله في جامع المقاصد والمشهور العدم حتى انه في نكاح جامع المقاصد اعترف بعدم معرفة القائل بذلك وهنا حكاه عن التذكرة ولو تشاحا قدم مختاره ﴿ قوله ﴾ ﴿ وحده الاستقلال بالتلاوة ولا يكفي تتبع نطقه ﴾ كما في التذكرة وجامع المقاصد ولم يختلف فيه اثنان في باب النكاح لعدم صدق اسم التعليم من دون الاستقلال بالتلاوة ﴿ قوله ﴾ ﴿ولو استقل بتلاوة الآية ثم لقنه غيرها فنسي الاولى ففي وجوب اعادة التعليم نظر ﴾ وقال في نكاح الكتاب في مثل هذه العبارة فيه اشكال وجزم في نكاح التحرير بالوجوب وهو الذي قواه في الايضاح في البابين وقربه في الحواشي وفي (جامع المقاصد) في المقام انه اولى من غير ريب لانه يبعد وقوع اسم التعليم على ذلك وفي نكاحه ان الذي يقتضيه النظر اتباع العرف وان كان هناك معنى معروف متحد وجب الحمل عليه وأن اضطرب العرف أو تعدد اشترط وفي نكاح الروضة أن المرجع في قدر المستقل به الى العرف فلا يكفي الاستقلال بنحو الكلمة والكلمتين ومتى صدق التعليم عرفا لا يقدح فيه النسيان انتهى وقوى في نكاح المبسوط عدم الوجوب على ما حكي اذا علمها آية تامة وقرب في التذكرة اولا اعتبار العادة في تسمية ذلك تعليما ثم حكى عن بعض اصحابنا انه أن تعلم آية ونسيها لم يجب تعليمها ثانيا وأن تعلم دون آية وجب (قلت) هذا هو الذي قواه في المبسوط وقد حكي عن نكاح المبسوط وجها ثانيا وهو أن الزوجة التي اصدقها تعليم سورة لا تكون قابضة اقل من ثلاث آيات لانها اقل ما يقع بها الاعجاز لقوله تعالى فأتوا بسورة من مثله واقل سورة وجدت في القرآن ثلث ايات سورة الكوثر فليلحظ هذا وليتأمل فيه ولعله يقضي بانه لا بد من استقلالها بالثلاث مجتمعات (وليعلم) أن محل البحث انما هو ما عدا دون الآية أما ما هو دون الآية ففي (جامع المقاصد) انه لا ريب عندهم في أن الاستقلال بتلاوة ما دون الآية لا يعد تعليما وظاهره الاجماع على ذلك كما أن ظاهرهم على ما يلوح من جامع المقاصد ايضا الاجماع على انه أن علمه ثلاث آيات برئت ذمته وتحقق

التعليم وأن نسي فيكون محل الخلاف والاشكال فيما اذا علمه آية واحدة لكن في كلامهم ما يخالف هذا الاجماع ان كان هناك اجماع وقال في (جامع المقاصد) ينبغي أن يكون محل البحث ما اذا كان المعقود عليه آيات فلو كان آية واحدة أو اثنتين فينبغي الجزم بالاكتفاء بتعليمها أو تعليمهما انتهى وفيه تأمل من وجهين وظاهر نكاح الايضاح أو صريحه أن محل البحث ما اذا كان المعقود عليه السورة ولعله لا تفاوت لانه لعل المدار عنده على المعجز ولا يتحقق الاعجاز عنده الا بالثلاث سورة كانت أو آيات فتأمل والذي ينبغي أن يكون ذلك عاما لما اذ استأجره على تعليم القرآن كله فصار كلما علمه سورة نسي ما قبلها ولم يكن القرآن محفوظا عنده بجملته ولما اذا استأجره على تعليم السورة فصار اذا علمه بعضها نسي ما قبله وكذلك الآيتان اذا نسي الاولى لما لقنه الثانية لان غرضهم في المقام بيان ما يتحقق به تسليم هذه المنفعة اعني التعليم وايجادها وادخالها تحت يد المستأجر أو الزوجة اذا جعلت مهرا لها لمكان خفاء تسليم التعليم في بعض الافراد وقد حدوه بالاستقلال بالتلاوة وانه لا يكفي تتبع النطق ووقع الاشتباه في امرين (احدهما) مقدار ما يعد الاستقلال بتلاوته تعلما أهو الآية والاثنتان ام لا بد من الثلاث فليتأمل فيه وليلحظ ما فهمناه (الثاني) مقدار مدة بقاء ذلك الاستقلال حتى لا يقدح فيه تعقب النسيان اما الاول فقد عرفت أن محل الخلاف فيه انما هو الآية الواحدة فيمكن ان يكون نظر المصنف في الاشكال في البابين اليه وهو الذي استظهره في جامع المقاصد في باب النكاح وظاهر الايضاح في الباب كما هو ظاهر بعضهم ان نظر المصنف في الاشكال الى الثاني ولعله لان الاستقلال اذا صار ملكة له فلا اشكال فيه وانما الاشكال فيما اذا كان اذا استقل بالثانية نسي الاولى فهل يتحقق الاقباض به وجهان ونحن نذكر وجهي الاشكال بالنسبة الى الامرين ومن المحتمل أيضا انه ارادهما معا وذلك على نحو ما فهمه الشارحون لا على ما قلنا انه هو الذي ينبغي ان يكون كما هو المشاهد في الواقع مع كثرة النظائر (فنقول) نظره في جامع المقاصد الى ما استظهره من كلام الشيخ والجماعة من أن كل ما يعد الاستقلال بتلاوته تعلما من آية واحدة أو ثلاث على الوجهين لا يضره عروض النسيان له بالانتقال الى غيره وانه لا خلاف ولا اشكال في ذلك فيكون الاشكال في مقدار ما يعد الاستقلال بتلاوته تعليما أو اقباضا وتسليما هو الآية الواحدة ام لا بد من الثلاث (وجه الاول) أن ايجاب تعليم مجموع الآيات يقضي بايجاب تعليم الآية الواحدة فاذا اتى به فقد اقبض وسلم وبرأت ذمته وهو الذي قواه في المبسوط كما عرفت (ووجه الثاني) ان الاعجاز انما يقع بثلاث آيات وما يترتب على المجموع لا يترتب على البعض (وفيه) أن كون الاعجاز لا يقع الا على الثلاث لا يستلزم نفي الاقباض عن تعليم ما دون والملازمة غير ظاهره واحتمال ارادة ان ذلك لا يسمى قرآنا غلط صرف فينبغي ان يكون الوجه انه لم يحصل عنده ثلاث آيات مجتمعات لان العقد وقع على المجموع ولم يحصل وأما منشأ الاشكال بالنسبة الى الثاني فمن ان النسيان الطاري بتفريطه فلا يخل بالتعليم ومن ان ما لا ثبات له لا يعد تعلما وقال في (الايضاح) في منشأ النظر في عبارة الكتاب هنا ينشأ من انه لا يصدق تعلم السورة اي حفظها الا بحفظ آيها مجتمعة في القوة الحافظة لان السورة هي جملة الآيات وانما وقع العقد على المجموع ووجوب الاجزاء بالتبعيه ومن انه قد تعلم هذه فيسقط عند تعليمها فاذا نسيها لا تجب اعادة التعليم لان الاجارة لا تقتضي التكرار وجعل المنشأ في باب النكاح من أن السورة التركيبيه للمجموع ولم تحصل ومن أن ايجاب تعليم المجموع يقتضي ايجاب تعليم الآية الواحدة كما تقدم وهو كلام جيد جداً يجري فيما اذا استأجره على

ويجوز جعله صداقا فلو استفادته من غيره كان لها اجر التعليم ويجوز الاستئجار على تعليم الخط والحساب والآداب وهل يجوز على تعليم الفقه الوجه المنع مع الوجوب والجواز لا معه (متن)

القرآن كله وعلى الآيتين كما تقدم ثم قال في المقام ان التحقيق ان هذه المسئلة تبتنى على مسئلتين (الاولى) ان النسيان هل هو مقدور ام لا فناس على الاول لانه ضد العلم والعلم مقدور وكلما كان احد الضدين مقدورا كان الآخر مقدورا وناس على الثاني لانه عدم والعدم غير مقدور فعلى الاول لا تجب الاعادة وعلى الثاني يبتني على (المسئلة الثانية) وهي انه هل السورة عبارة عن مجموع الآيات مع الهيئة الاجتماعية اولا معها فان كان الاول وجبت الاعاده وان كان الثاني لم تجب وظاهره في النكاح الجزم بالاول وهو كذلك عرفا (وكيف كان) فالمدار على العرف والذي يحكم به والمتبادر عنده من التعليم التلقين الى أن يصير المحفوظ للمستأجر عليه ثابتا أو التدريب لقراءة في المصحف بحيث يستقل بنفسه بالقراءة فيه سواء كان الاستئجار على القرآن كله او السوره او آيتين من سورة و بدون الامرين لا يكاد يصدق التعليم عرفا فان عين العرف احدها فذاك والا وجب تعيينه وكأن كلامهم في الباب غير محرر فليتامل فيه ﴿ قوله ﴾ (ويجوز جعله صداقا فلو استفادته من غيره كان لها اجر التعليم) اما جعل تعليم القرآن صداقا فما لا اجد فيه خلافا بل ياخذون جواز اصداقها السورة في باب المهور مسلما مفروغا منه حيث يقولون ولو اصدقها تعليم سورة لم يجب تعيين الحروف ويستندون في ذلك الى خبر تزويج سهل الساعدي وقد استطرد المصنف ذكره هنا واما انها اذا استفادته من غيره كان لها اجرة التعليم فلتعذر وصول التعليم اليها فيعدل الى قيمته لانها اقرب شيء اليه وذلك لان الوطئ المحترم لا يخلو عن مهر ولا ريب أن مهر المثل ابعد من اجرة المثل عن المسمى و لمصير الى الاقرب اولى مع تعذر المعقود عليه كما هو لاقوى فيما هو مثل ذلك وقيل انه يجب لها مهر المثل لتعذر المسمى والاول اقوى لما عرفت وقد يقال انها لا مهر لها لأنها هي التي تلبست بتعذر الاستيفاء واذا تعذر المعقود عليه انفسخ العقد كما اذا ماتت الدابة وغرقت الدار بحيث لا يمكن اعادتها أو برئت العين من المرض حيث يستأجره لتكحلها فانه اذا وقع ذلك من اول الامر انفسخ العقد كله ولا اجر وان كان في الاثناء انفسخ في الباقي ولا اجر فه اي الباقي و يجاب بان الانفساخ في هذه الامثلة لا يستدعي الا بطلان المعاوضة بخلاف ما نحن فيه فانه يستلزم وجوب مهر المثل لامتناع خلو الوطئ المحترم عن مهر والاجرة أقرب من مهر المثل الى المسمى كما تقدم بيانه وهذا معنى قول التمهيد و يمكن ان يقال أن المعلم لها أن قصد التبرع على الزوج فقد استوفت وأن قصد التبرع عليها رجعت والظاهر أن مرادهم انّ ذلك حيث يمتنع من تعليمها أو نحو ذلك كما اذا تعلمته اتفاقا ومن البعيد أن يكون مرادهم أن لها اجرة التعليم على كل حال ﴿ قوله ﴾ (ويجوز الاستئجار على تعليم الخط والحساب والآداب) لانها منافع جامعة لجميع الشرائط ويحتمل أن يكون اراد بالآداب علوم الادب او المستحبات لا ناقد بينا في باب المكاسب جواز الاستئجار عليها وعلى المكروهات واحتملنا أن الاصل فيهما الجواز الا ما خرج بالدليل وانه لولا اجماع جامع المقاصد لقلنا بجواز الاستنابة عن الحي في جميع المندوبات واحتملنا ايضا ان لا اصل العدم الا ما خرج بالدليل ﴿ قوله ﴾ (وهل يجوز على تعليم الفقه الوجه المنع مع الوجوب والجواز لا معه) قد تقدم الكلام في المسئلة

في باب المكاسب مستوفى وهو من متفردات الكتاب ونحن نشـير هنا الى ذلك على سبيل الاجمال (فنقول) قد اطلق الاصحاب الكلمة بانه يجوز اخذ الاجرة على الصناعات بل في النهاية وغيرها كل صنعة من الصناعات المباحات اذا ادى فيها الامانة لا بأس بأخذ الاجرة عليها واطلقوا الكلمة ايضا بتحريم الاجر على الواجب الكفائي وعرفوه تارة كما في باب الجهاد وغيره بانه كل مهم ديني يتعلق غرض الشارع بحصوله حتما ولا يقصد عين من يتولاه والحقوا به الصناعات وعرفوه اخرى بانه كل ماينتظم به امور النوع ولعل الغرض من التعريفين تقسيمه الى القسمين كما تقدم فبعضهم ابقى اطلاق تحريم اخذ الاجر على الواجب والكفائي الا ما خرج بالدليل من نص او اجماع وبعضهم خصص اطلاق التحريم بما عدا الصناعات وخصص الصناعات بما عدا الدينية و بعضهم قال أن الواجب الكفائي أن اريد به الفعل على وجه القربة كصلوة الجنازة لم يجز اخذ الاجرة عليه وان لم يقصد على وجه القربة جوز وخرج الدفن ونحوه بالنص من الشارع نعم الواجب العيني لا يجوز اخذ الاجرة عليه بحال و بعضهم على أن الواجب الكفائي انما يجوز اخذ الاجر عليه عند عدم وجوبه كما اذا كان في القطر من هو قائم به وأن وجب لا يجوز اخذ الاجرة عليه بحال فالصناعات الواجبة كفاية قد وجد في كل قطر من يقوم بها فيجوز اخذ الاجر عليها ونحن قسمنا الواجب الكفائي الى قسمين واجب لذاته وواجب لغيره (فالاول) لا يجوز اخذ الاجرة عليه وهو كل ما تعلق اولا وبالذات بالاديان والغرض منه الآخره (والثاني) يجوز اخذ الاجرة عليه وأن تعين وهو ما تعلق اولا وبالذات بالاموال وبالجملة ما كان الغرض الأهم منه هو الدنيا بجلب نفع فيها او دفع ضرر وقلنا هنالك انه لا ينتقض الا بالجهاد وقد خرج عن ذلك ولكان الاجماع المحكي من الشهيد على ذلك وتحرير الاقوال وتفصيلها وادلتها والتصريح بالقائلين بها قد استوفيناه في باب المكاسب (وليعلم) ان الفقه في عرف الفقهاء عبارة عن الملكة التي يقتدر بها على العلم اليقيني بالاحكام الشرعيه الفرعيه الظاهرية أو الواقعية عن ادلتها التفصيليه لان المجتهد قد يحصل له العلم بالحكم الواقعي أو عن الملكة التي يقتدر بها على العلم اليقيني أو الظن بالاحكام الواقعية عن ادلتها التفصيليه والاولى أولى لان الحقيقة اولى من المجاز في التعريف المشهور وهو العلم بالاحكام الشرعية الفرعية عن ادلتها التفصيليـة ولا يعارضه التجوز بالاحكام حيث يخصها العامل بالقطعيات بالواقعيه لانه يدعى انها هي المتبـادرة الظاهرة ولا تعارض عند العامل بالظن لانه يجري بعموم الاحكام على ظاهره لان التعريف المذكور وقع لمن لا يعمل الا بالقطعيات لأنه يقول المراد بالعلم اليقين وبالاحكام لاحكام الواقعية ومن يعمل بالظن يقول المراد بالعلم اليقيني وبالاحكام الظاهرية والواقعية (اما الاولى) فلانه يقطع بالحكم الظاهري ويظن بالحكم الواقعي (واما الثانية) فلانه قد يحصل له القطع بالحكم الواقعي والكلمة المشهورة وهي قولهم ان ظنية الطريق لا تنافي علمية الحكم لا تتأتى اصلا عند من لا يعمل الا بالقطعيات ولا عند من يعمل بالظنيات ويقول أن لله عز وجل في كل واقعة حكما واحداً وان المراد بالاحكام الواقعية ودليل الفريقين على ذلك ان القطع فيما طريقه الظن ممتنع اما على قول الفريق الاول فظاهر واما على قول الثاني فلانه لا يعلم الا الحكم الظاهري بالدليل الظني ولا يعلم الواقعي نعم تتأتى على مذهب العامة النافين للحكم الواقعي القائلين بان الحكم تابع لاراء المجتهدين فكل ما ظنه المجتهد فانه حكم الله الواقعي فيتعدد حكم الله سبحانه بتعدد الاراء نعم لو اراد العامل بالظن القائل بان لله حكما واحدا بهذه الكلمة ان ظنية طريق الحكم الظاهري لا تنافي القطع بالحكم الظاهري واني مأمور به معذور فيه كانت تامة صادقة

وهل يجوز على تعليم الفقه الوجه المنع مع الوجوب والجواز لا معه وعلى الختان والمداواة وقطع السلع والحجامة على كراهة أجره مع الشرط وعلى الكحل فيقدر بالمدة خاصه (متن)

كما اذا سمع من لفظ المعصوم حكما ورد مورد التقيه والتشبيه انما هو في حصول القطع بغير الواقعي مع ان طريقه قطعي عرفا (و بالجملة) ان ارادوا بالاحكام المعنى الاعم من الظاهرية و لواقعيه صحت هذه الكلمه على قول المخطئه والمصوبه وان ارادوا خصوص الحكم الواقعي كما هو الظاهر عند الاطلاق لم يصح الا على قول المصوبه هذا وقد قال في جامع المقاصد ان الفقه قد يراد به المسائل المدونة وقد يراد به التصديقات وقد يراد به الملكه (قلت) أما ارادة المسائل منه في لسان الفقهاء مع تعريفهم له في اصولهم وفروعهم بما سمعت بعيدة جدا واما ارادة التصديقات فكل من عرفه بالعلم بالاحكام الشرعيه الى آخره اراد التصديق لانه المتبادر ولانه لا تصح ارادة خصوص التصور ولا مطلق الادراك لانه حينئذ يعم المسلم والكافر فضلا عن المتردد والمقلد ولحصول التصور للكل وكل من قال انه التصديق اراد الملكه التي يقتدر بها على التصديق كما عرفت آنفا بل هم صرحوا بذلك حيث اوردوا سؤال أن المجتهد لا يحيط بجميع الاحكام فقالوا في الجواب ان المراد بالعلم الملكه التي يقتدر بها على التصديق والعلم والفقه في كلامهم بمعنى واحد (وكيف كان) فلقائل أن يقول يرد على جميع التفاسير عدم صحة الاجارة على ذلك لمكان الجهل وعدم ضبط ما يراد تعليمه ملكة كان او غيرها لعدم ضبط الملكات ومقدار المسائل وكذلك سائر الصناعات فلا بد فيما نحن فيه من أن يستأجره التدريس فيه و يعينه بالمده وان لم يعين من يتعلم وما يتعلم وهذا ايضا لا يخلو عن الجهالة لكنها جازت كما في الايضاح والحواشي لمكان الحاجة كالاستئجار للجهاد بمعنين وقد علمت انا لا نشترط مع التعيين بالمدة شيئا آخر او يستأجره لتعليم مسائل مضبوطه أن عين من يتعلم وما يتعلم و بالجملة أن عينه بالعمل ﴿ قوله ﴾ ﴿ ويجوز الاستئجار على الختان والمداواة وقطع السلع والحجامة على كراهية اجره مع الشرط ﴾ لانها منافع مقصوده متقومه محلله والقيد مختص بالاخير على الظاهر لان المداواة ليست من الصناعات الدنيه نعم قد تكون منها في بعض الافراد فان اعتبر ذلك صح أن يكون قيدا في الجميع لان كراهية الاكتساب بالصنائع الدنيئة انما هو مع الشرط على الظاهر كما صرح به اكثر الاصحاب في الحجامه لان المفهوم من جملة من الاخبار فليتأمل في ذلك جيدا وقد تقدم الكلام فيها في باب المكاسب مستوفى مشبعا وفي اطرافها وفروعها ولعلها لا تقدر الا بالزمان لعدم ضبط المحجمة والمجروح وقدر الدم ولا يبعد جواز التقدير بالعمل مع ضبط ذلك كله أو بعضه فتأمل وفي (جامع المقاصد) ينبغي ان يراد بذلك كله ما اذا لم يجب شيء منها ولو كفاية وقد عرفت الحال في ذلك آنفا بما لا مزيد عليه ولا يخفى ما في قوله ويجوز الاستئجار مع قوله على كراهية اجره مع الشرط لانه قد يعطي انه يجوز الاستئجار بدون شرط الاجرة ﴿ قوله ﴾ ﴿ وعلى الكحل ﴾ أي يجوز الاستئجار على كحل العين لانه عمل سائغ يمكن تسليمه وفيه منفعة مقصودة ﴿ قوله ﴾ ﴿ فيقدر بالمدة خاصة ﴾ كما في التذكرة لان العمل غير مضبوط لان قدر الدواء لا ينضبط ويختلف بحسب الحاجة فلا يجوز تقديره بالعمل ونفى البعد عن تقديره به في جامع المقاصد تبعا للحواشي لا مكان ضبط النوبات ولعل غرض المصنف أن النوبة تختلف لو ضبطه بالنوبات كأن يقول له عند

ويفتقر الى تعيين المرة في اليوم أو المرتين والكحل على المريض ويجوز اشتراطه على الاجير والاقرب (متن)

الصبح نوبه مره (١) وعند العصر نوبه مره كل نوبه خمسة اميال مثلا اذ ربما احتاجت نوبة الصبح في نظر الطبيب الى خمسة اميال ونوبة العصر الى اقل او اكثر على أن النوبة قد تختلف في نظر الحكيم بالتقديم والتأخير وان لم يعين وقتها زادت الجهالة ولا كذلك الحال في المدة ولكن يرد على التقدير بالمدة انه ان قدرها بمدة تزيد على الفعل لم يمكن استيعابها فيكون قد أخذ أجرة الزائد من الزمان من دون عمل فيه ولا يمكن الاقتصار فيها على مقداره لانه غير معلوم لانه ربما طال مرة وقصر أخرى لكن قوله ويفتقر الى أجرة يقضي بانه أراد المدة الزائدة وحينئذ لاحاجة الى تعيين المرة والمرتين فليتأمل وارادة الظرفية بان يكون اليوم واليومان ظرفا للكحل مع مخالفته لظاهر العبارة يقضي بوجوب تشخيص العمل زيادة على تعيين المرات ﴿ قوله ﴾ ﴿ ويفتقر الى تعيين المرة في اليوم أو المرتين ﴾ اذا قدر بالزمان افتقر الى بيان قدر مايكحله في كل يوم اما مرة أو مرتين أو عشراً اذا كان اليوم بحيث يسعها والوجه في ذلك انه لا ريب انه لا يستوعب أجزاء اليوم بالكحل فلا بد من التعيين الا ان تكون هناك عادة مضبوطة معروفة ينزل عليها الاطلاق ﴿ قوله ﴾ ﴿ والكحل على المريض ﴾ لان العقد وقع على العمل وليس الكحل جزأ منه ولان الاعيان لا تستحق بعقد الاجارة ويأتي في الفصل الثالث في الاحكام تمام الكلام في الكحل والحبر والخيوط والصبغ والكش ونقل الاقوال وان المرجع في الجميع الى العادة فان لم تكن أو اختلفت وجب الاشتراط والتعيين والا بطلت ﴿ قوله ﴾ ﴿ ويجوز اشتراطه على الاجير ﴾ كما في التذكرة وجامع المقاصد لمكان جريان العادة بذلك مع مشقة تحصيله على المكتحل بل قد يعجز عنه غالبا فكان كالصبغ واللبن والحبر والاقلام قد يخرج به عن الاصل في الاجارة ووجهه في جامع المقاصد بعدم منافاة الشرط للعقد ولا مخالفة فيه للكتاب والسنة لان استحقاق العين حينئذ على جهة التبعية كما لو اشترط سكنى الدار مدة معينة في البيع وقد يقال عليه انه مناف للعقد لان الاعيان لا تملك بعقد الاجارة اصالة ولا تبعا بل قد يقال انه يرجع الى بيع الكحل بلفظ الشرط واجارته للعمل بلفظ الاجارة او يقال انه عقد على المنفعة وشرط فيه عقدا على البيع فتأمل ثم ان التشبيه غير موافق لما نحن فيه ان كان فاعل اشترط البائع لانه اذا شرط عليه سكنى الدار المبيعه مدة او سكنى غيرها فقد جعل المنفعة ثمنا وذلك مما لاخلاف فيه الا ممن شذ نعم المثال الموافق هو ما اذا باع الدار وشرط المشتري على البائع سكنى داره الاخرى سنة مثلا حيث تكون المنفعة مثمنا لا ثمنا فهذا ان صح وافق ما نحن فيه ونحن قلنا فيما سلف ان هذا الشرط اذا كان مقصودا بالذات لا يصح نعم يصح اذا لم يقصد وجاء تبعا وان بعد الفرض الا أن يقال ان غرضه أن لا اصل في البيع أن يرد على الاعيان دون المنافع ثمنا كانت أو مثمنا فالاصل بمعنى الغالب وستسمع تحرير ذلك ومثل اشتراط الكحل على الكحال اشتراط الدواء على الطبيب من غير فرق فيما نجد في الحكم ولا في الدليل والمصنف فرق بينهما فجزم هنا بالجواز وقربه هناك كما يأتي ووجهه ولده بجريان العادة بكون الكحل من الكحال ولا كذلك الدواء بالنسبة الى الطبيب انتهى فتأمل ﴿ قوله ﴾ ﴿ والاقرب

(١) كذا في نسختين ولا يبعد كون مره نسخه بدل عن نوبه وكذا قوله وعند العصر نوبه مره (مصححه)

جواز اشتراط الاجر على البناء ولو لم يحصل البرء في المدة استقر الاجر ولو برأ في الاثناء انفسخ العقد في الباقي فأن امتنع مع عدمه من الاكتحال استحق الاجير اجرة بمضي المدة ولو جعل له عن البرء صح جعالة لا اجارة ولو اشترط الدواء على الطبيب فالاقرب الجواز (متن)

جواز اشتراط الاجير على البناء﴾ وفي الايضاح وجامع المقاصد انه الاصح وظاهر التذكرة أو صريحها انه لا يصح ووجه القرب والصحة انه شرط غير مخالف للكتاب ولا السنة فكان سائغا داخلا تحت عموم قولهم عليهم السلام المؤمنون عند شروطهم ووجه العدم ان الاجارة انما ترد على المنافع دون الاعيان ولا ضرورة ولا حاجة تدعوا اليه ولا عادة تشهد له كما في الكحل والطبيب بل المتعارف المعتاد في ذلك انه من عند المالك (وقال في جامع المقاصد) وجوابه ان أصل الاجارة ذلك كما ان أصل البيع ان يرد على الاعيان دون المنافع لكن قد ثبت خلاف ذلك تبعاً كشرط السكنى والرهن والضمان انتهى وأنت خبير بان الاصل في ان الاجارة انما ترد على المنافع بمعنى القاعدة كما ان الاصل في البيع ان يرد على الاعيان بمعنى القاعدة ان أراد الاعيان المبيعة الواقعة مثمنا وان أراد الاعيان الواقعة ثمنا فهو بمعنى الغالب لان الاصحاب مطبقون على جواز كون المنافع اثمانا الا ممن شذ ممن لا يعرفه على ان الشرط لا يقضي بمخالفة الاصل في الاجارة لان العقد لم يقع على الاعيان وانما جاء به الشرط وقد عرفت قريبا ان شرط السكنى ان كان من المشتري على البائع لا يصح لانه يكون مبيعاً ومثمنا وهذا هو المناسب ان يكون جوابا ان صح اشتراط وان كان من البائع صح لانه يكون ثمنا وهذا لا يناسب ان يكون في الجواب لما عرفت واما اشتراط الرهن والكفيل ونحو ذلك مما هو من مصالح المتعاقدين ولا يدخل في شيء من العوضين فجائز في الموضعين أعني الاجارة والبيع وان أبيت الا دخول مثل ذلك في أحد العوضين وأنها منافع كالسكنى قلنا حالها كحال السكنى يصح اشتراطها من البائع ولا يصح من المشتري (وكيف كان) فالاصح عدم الصحة ووجه ذكره في اثناء مسئلة الكحل ظاهر لكنه غير جيد ﴿ قوله ﴾ ﴿ ولو لم يحصل البرء في المدة استقر الاجر ﴾ اذا تمت المدة استحق الاجر سواء برأت عينه أم لا لانه في مقابلة العمل لا في مقابلة البرء كما هو واضح وبه صرح أيضاً في التذكرة وجامع المقاصد ﴿ قوله ﴾ ﴿ ولو بريء في الاثناء انفسخ العقد في الباقي ﴾ كما في التذكرة وجامع المقاصد لتعذر المعقود عليه وقد عرفت فيما سلف الفرق بينه وبين ما اذا أصدقها تعليم سورة فتعلمتها من غيره ﴿ قوله ﴾ ﴿ ولو جعل له عن البرء صح جعالة لا اجارة ﴾ لا يجوز تقدير الكحل بالبرء لانه من الله سبحانه وتعالى شأنه وهو غير مقدور للكحال غير معلوم الحصول وعلى تقدير الحصول فهو مجهول الوقت والعمل ويجوز ذلك على سبيل الجعالة كرد الآبق والضالة لان السبب الى حصوله كاف في استحقاق الجعل اذا حصل وان كان من فعل الله عز وجل لان ثمرتها تحصيل المنفعة بعوض وبالحكمين صرح في التذكرة وجامع المقاصد ولو امتنع من الاكتحال مع بقاء المرض استحق الاجرة بمضي المدة ولو بريء حينئذ من غير كحل أو تعذر لا من جهة المؤجر استحق الاجرة وفي التذكرة استحق أجرة مثله وقد حكاه عنها في جامع المقاصد ساكتا عليه ﴿ قوله ﴾ ﴿ ولو شرط الدواء على الطبيب فالاقرب الجواز ﴾ كما في

ولو قدر الرعي بالعمل افتقر الى تعيين الماشية فتبطل بموتها ويحتمل عدمه لانها ليست المعقود عليها وانما يستوفي المنفعة بها (متن)

الايضاح وجامع المقاصد وقد تقدم الكلام في ذلك في مسئلة الكحل ﴿قوله﴾ ﴿ولو قدر الرعي بالعمل افتقر الى تعيين الماشية فتبطل بموتها﴾ قال في (التذكرة) يجوز الاستئجار على الرعي وهو قول اهل العلم لا نعلم فيه خلافا وقد اختار المصنف هنا انه يقدر بالعمل وهو الظاهر من كلام المبسوط والمهذب والتحرير وجامع المقاصد بل هو صريح الاخير وهو خلاف صريح التذكرة قال الرعي لا ينضبط بنفسه ولا يمكن تقديره بالعمل لانه لا ينحصر وقضية التعيين بالعمل انه يجب تعيين الجنس والقدر تشخيص الماشية وتعيينها كما هو الشان فيما اذا عين الخياطة ونحوها بالعمل وبه صرح المصنف بقوله افتقر الى تعيين الماشيه وفي الايضاح انه الاصح (قلت) وهو قضية كلام المبسوط والتحرير (قال في المبسوط) اذا استأجر راعياً ليرعى له غنماً باعيانها جاز العقد ويتعين في تلك الغنم باعيانها وان هلكت لم يبدلها وانفسخ العقد هذا ولا يخفى ان تقدير الرعي بالعمل لا يكفي فيه تعيين الماشيه اذ ليس هو كالثياب بل لا بد فيه ايضاً اما من تعيين الارض التي يريد رعيها او من تقديره بالمدة أيضا مع العمل كما نبه عليه في الايضاح كما يأتي اذ لا يتصور صحة الاجاره في التقدير بالعمل الا بأحد الامرين واهمالهم ذكر ذلك مما لا ينبغي وفي (جامع المقاصد) ان تعيين القدر والجنس يكفي في صحة الاجارة ولا حاجة الى تعيين شخصها لزوال الغرر والجهالة بذلك ولعله يقول بالفرق بين الشياه مثلا والثياب لان الاخير في مظنة الاختلاف في سهولة خياطتها ومشقتها (وفيه) ان الشياه تختلف أيضا باعتبار صغرها وكبرها الا ان يلتزم مثل ذلك في الثياب المتساوية (وكيف كان) فان كان مراده ان تعيين القدر والجنس يكفي عند تعيين العمل بالمدة وعند تعيينه بالارض ففيه انه حينئذ لا يحتاج الى تعيين القدر ويكفي الجنس بل لا يحتاج الى تعيين أيضا وستسمع تحقيق المقام وكيف كان فاذا عينها وشخصها بطلت بموتها اجماعا كما في الايضاح وقطعا كما في جامع المقاصد ﴿قوله﴾ ﴿ويحتمل عدمه لانها ليست بمعقود عليها وانما تستوفى المنفعة بها﴾ لما ذكر انها تفتقر الى التعيين وانها اذا عينت بطلت الاجارة بموتها قال يحتمل عدم الافتقار الى التعيين فلا تبطل الاجارة بموتها فطوى عدم بطلان الاجرة بموتها للعلم به كما هو قضية المقابلة ثم انه نبه عليه بالتعليل لانه لا ينطبق الا على ذلك وذلك لانها حيث لم يعينها تكون آلة يستوفى بها المنفعة كالقدوم في النجارة وهذا هو الذي اعتمده في جامع المقاصد في توجيه العبارة الا انه قال فيه تكلف وتعسف وقال ان ابقينا العبارة على ظاهرها من دون تقدير حذف كان المراد ويحتمل عدم الافتقار الى تعيين الماشية لكن التعليل لا يرتبط به لان عدم كونها معقودا عليها لا يكون دليل عدم الافتقار الى التعيين (قلت) يمكن ابقاءها على ظاهرها ويرتبط بها التعليل اكمل ارتباط لانا قد قدمنا انه لا يتصور تقدير الرعي بالعمل من دون احد الامرين تعيين الارض أو تقديره بمدة فصح للمصنف ان يقول يحتمل عدم الافتقار الى التعيين على التقديرين لانه اذا قدر العمل برعي علف هذه الارض لا يحتاج الى تعيين الماشية لان المعقود عليه علف هذه الارض والماشية ليست معقودا عليها وكذلك اذا قدر العمل بالمدة كأن يقول له اجرتك نفسي لان ارعى لك غنما مثلا شهرا فالمعقود عليه هو المدة ولا يحتاج الى ان يقول له اجرتك نفسي لان ارعى لك غنمك هذه المعينه التي عددها عشرون مثلا فيكون في هذا الفرض مما تساوى فيه

وان تلف بعضها بطل فيه ولو ولدت لم يجب عليه رعيها ولو قدره بالمدة افتقر الى ذكر جنس الحيوان (متن)

التقدير بالعمل والتقدير بالمدة والوجه في ذلك انه حيث يقدره بالعمل كأن يقول اجرتك نفسي لان ارعى لك هذه المائة شاة اسرح غدوه واروّح عشية ارعاها فيما تعارف الرعي فيه من اطراف البلد فمع اتيانه بجميع هذه المشخصات لا تصح الاجارة حتى يعين المدة دفعاً لرفع الغرر فاذا عين المدة استغنى عن جميع ذلك ورجع الى التعيين بالمدة لذاتها لا لتعيين هذا العمل بها فصار حاصل الامر انه اذا عين الرعي بالعمل لا بد من احد امرين اما تعيين الجنس والقدر والشخص والارض التي يريد رعي عليها فتعيين الثلاثة الاول ليصدق انه تعيين بالعمل وتعيين الارض لرفع الغرر والجهالة واما تعيين المدة مع تعيين الثلاثة الاول (اما المدة) فللضبط ورفع الجهالة والغرر وتعيين الثلاثة ليصدق التعيين بالعمل فاحتمل المصنف عدم الاحتياج الى تعيين الماشية بل كفى تعيين الارض حيث يضبط بها العمل ويكفي تعيين المدة حيث يضبط بها لكن يرد عليه في الثاني انه يخرج عن التعيين بالعمل ويرجع الى التعيين بالمدة وفي الاول انه تعيين نوع من العمل فليتأمل وقد قال في الايضاح التقدير بالعمل في الرعي بان يستأجره لرعي مدة معينة او لرعي على هذه الارض المشاهدة بدوابه فهل يفتقر الى تعيين الدواب التي يرعاها ام لا قال شيخنا يفتقر وهو الاصح (وقال في المبسوط) لا يجب التعيين لا في العدد ولا في الشخص بل له ان يسترعيه القدر الذي يرعاه مثله وحمل قوله يحتمل عدمه قول الشيخ في المبسوط وهو يشهد بما قلناه من انه لا بد في التقدير بالعمل من احد الامرين ولعل جعله قوله والمه الاصح لانه بدون تعيين ذلك يخرج عن كونه تعيينا بالعمل كما تقدم وفي المبسوط بعد ما قلناه نحن عنه آنفا ما نصه فاما اذا كان اطلق واستأجره ليرعى له غنما مدة معلومة فانه يسترعيه القدر الذي يرعاه الواحد في العادة من العدد فاذا كانت العادة مائة استرعاه مائة انتهى فلم يوجب التعيين في العدد ولا في الشخص مع التقدير بالمدة وقد عرفت ان التقدير بها قد يكون للعمل وقد يكون التقدير بها لذاتها وحدها وعلى التقديرين لم يوجب التعيين وصحيحا نسبه اليه في الايضاح ولم يتوجه ما اعترضه به في جامع المقاصد على ان في كلامه في هذه المسئلة في جامع المقاصد مواضع للنظر تظهر لمن تدبر فيما ذكرناه في تحرير المقام ﴿ قوله ﴾ ﴿ وان تلف بعضها بطل فيه ﴾ كما في المبسوط والسرائر والتذكرة والتحرير وجامع المقاصد ذكروا ذلك في صورة التعيين كما هو المراد من العبارة وحينئذ يحتمل أن يتخير كل منهما لتبعض الصفقة عليه ويحتمل العدم لانهما اقدما على ذلك ويحتمل أن يختص به المستأجر فتأمل وفي (المهذب) في مثله ما يدل على انه يصح أن يشترط المستأجر عدم نقصان الاجرة أو بطلان الاجارة بموت البعض وأن يشترط المؤجر النقصان من الاجر بموت البعض فلتلحظ عبارة المهذب ﴿ قوله ﴾ ﴿ ولو ولدت لم يجب عليه رعيها ﴾ كما في المبسوط والسرائر والتذكرة والتحرير وجامع المقاصد وفي الاخير أنه موضع اتفاق ووجهه ظاهر وهو أن العقد لم يتناولها والفرض أنها معينة ﴿ قوله ﴾ ﴿ ولو قدره بالمدة افتقر الى ذكر جنس الحيوان ﴾ كما في التذكرة والتحرير وجامع المقاصد وهو الذي يفهم من المبسوط كالابل والبقر والغنم لان الاغراض تختلف باختلاف الرعي في السهولة والصعوبة وفي الكتب الثلاثة أنه لا بد من ذكر العدد وبيان المقدار وذكر الصغر والكبر لتفاوت الظاهر في المقدار وبين الصغار والكبار

ولا تدخل الجواميس والبخاتي في اطلاق الابل والبقر لعدم التناول عرفا على أشكال ويذكر الكبر والصغر والعدد ويجوز الاستئجار للزرع ولحصاده وسقيه وحفظه ودياسه وتقله (متن)

كما يأتي المصنف حيث قال ويذكر الكبر الى آخره فهو معطوف على افتقر لكنه وسط بينهما قوله ولا يدخل الى آخره وقد خالف في المبسوط في الامرين في المقدار تصريحا وفي الصغر والكبر ظهورا او تصريحا وقد سمعت كلامه وهو الموافق للاصل ولكلامهم في العمل الذي قدر بالمدة فانهم لم يزيدوا على ذكر بيان النوع كما اذا استأجره للخياطة شهراً فانهم لم يتعرضوا الذكر بيان المخيط مع التفاوت الظاهر بين افراده وكذا اذا استأجره للاحتطاب والحياكة الى غير ذلك مما تقدم ﴿ قوله ﴾ (ولا تدخل الجواميس والبخاتي في اطلاق البقر والابل لعدم التناول عرفا على اشكال) في التذكرة والتحرير وجامع المقاصد ان الجواميس لا تدخل في البقر عرفا وفي الاول والاخير ان البخاتي تدخل في الابل بل في الاخير انه امر لا يكاد يدفع قلت والامر كذلك في الامرين واستشكل في دخول البخاتي في التحرير ولا ترجيح في الايضاح وظاهر العبارة والايضاح ان الاشكال فيهما معا لكنه يحتمل ان المصنف مستشكل في عدم الدخول أو في عدم التناول فيصير المعنى على الثاني لا يدخل هذان في هذين لعدم تناول اللفظ لهما عرفا على اشكال في عدم التناول فيكون متأملا في استقرار العرف على عدم التناول وعدم استقراره ويصير على الثاني انه جازم بعدم التناول عرفا شاك في عدم الدخول وهو كما ترى لان العرف اذا كان حاكما بعدم التناول لا يكون للشك والاشكال وجه وان تناول البقر الجواميس والابل البخاتي لغة كما نص عليه اللغويون والفقهاء في باب الزكوة لان العرف مقدم عن اللغة ولم يتضح لنا كلام الايضاح في بيان الاشكال قال ينشأ من تعارض النقل والمجاز فانه في العرف لا يستعمل فيهما غالبا ومن تعارض المجاز العرفي الغالب الذي لم يبلغ الى حد الحقيقة والحقيقة اللغوية التي قل استعمالها ولم تبلغ الى حد المجاز العرفي انتهى والظاهر انه اراد من تعارض النقل والمجاز أن لفظ البقر كان شاملا للجواميس بنص اهل اللغة ثم اختص بالبقر في العرف فكان منقولا عرفا لكن يحتمل أن ذلك الاختصاص مجاز لانه لم يبلغ درجة الحقيقة فهو في هذا الشق شاك في كونه حقيقة او مجزا مشهورا وهو في الشق الثاني جازم بالثاني وقد يكون اراد أنه هل هو من باب تعارض النقل والمجاز المشهور أو من باب تعارض المجاز المشهور والحقيقة اللغوية وعلى كل حال فلا يخلو من شيء لانه على هذا الاحتمال على ما فيه لا بد من التوقف على التقديرين ولا يقضي واحد منهما بدخول ولا خروج اذ لا بد للحمل على الحقيقة اللغوية حيث يعارضها المجاز المشهور او حيث يعارض هو النقل وترجح المجاز عليه من قرينة لان حمل اللفظ على معناه الحقيقي مشروط بعدم قرينة المجاز كيرمي في أسد يرمي مثلا فحمل لفظ الاسد على المفترس مشروط بعدم وجود قولنا يرمي لفظا ولما كانت قرينة المجاز المشهور الشهرة ولا يمكن ازالتها من اللفظ فلا بد من نصب قرينة مع الحقيقة لازالتها لا لانه صار مجازا محتاجا الى قرينة الارادة بل هي قرينة تعيين كما في قرينة تعيين المشترك فليتأمل واذا لم يكن هناك قرينة فالواجب التوقف ثم انه من المعلوم ان الاصوليين مختلفون في تقديم المجاز المشهور على الحقيقة ﴿ قوله ﴾ (ويجوز الاستئجار للزرع ولحصاده وسقيه ودياسه ونقله) قال في التذكرة يجوز ان يستأجر لحصاد زرعه ولقطة ثمرته ولا نعلم فيه خلافا بين العلماء انتهى وقال ويجوز تقدير

وعلى استيفاء القصاص في النفس والاعضاء وعلى الدلالة على الطريق وعلى البذرقة فيجب تعيينها بالعمل ولا تكفي المدة وعلى الكيل والوزن والعدد فيتعين بالعمل او المدة (متن)

الحصاد بالعمل والزمان أما العمل فبان يستأجره على حصاد زرع معين مشاهد اوموصوف يوصف يرفع الجهالة واما المدة فبان يستأجره للحصاد شهراً أو يوما ولا بدمن تعيين جنس الزرع ونوعه ومكانه فانه يتفاوت بالطول والقصر والثخانة وعدمها ويحصل بذلك تفاوت الغرض للتعب والراحة انتهى ووافقه على وجوب تعيين الامور الثلاثة في المدة في جامع المقاصد ولنا فيه تأمل واذا استأجره للزرع فان قدره بالعمل فلا بد من بيان قدره وجنسه من حنطة وشعير ونحوهما وأن عينه بالزمان ففي (جامع المقاصد) ان الظاهر انه لا بد من تعيين الجنس والظاهر عندنا عدم اشتراطه واما الحفظ والدياس والنقل فان عينها بالعمل فلا بد من ذكر القدر والمشاهدة اوالوصف الرافع للجهالة وان عين بالزمان لم يحتج الى ذكر القدر ولا تعيين الجنس واوجب تعيينه في جامع المقاصد ان تفاوت التعب باختلافه قال ولا بد في النقل من امر زائد وهو المحل المنقول عنه والمنقول اليه او وصف ذلك وصفا يرفع الجهالة ﴿ قوله ﴾ (وعلى استيفاء القصاص في النفس والاعضاء) قال في التذكرة يجوز الاستئجار في استيفاء الحدود والتعزير والقصاص في الاطراف ولا نعلم فيه خلافا ثم قال واما استيفاء القصاص في النفس فيجوز عند علمائنا الاستئجار فيه وبه قال مالك والشافعي واحمد وقال ابو حنيفة لا يجوز لان عدد الضرب مجهول وموضع الضرب متعدد (قلت) موضع الضرب معلوم وجهل العدد لا يضر كجهل عدد الغرزات في الخياطة والنجرات في التجارة وقد طفحت عباراتهم في باب القصاص بجواز الاستئجار للقصاص في النفس والاطراف حيث ياخذونه مسلما وقد اطلقت الكلمة في التذكرة وجامع المقاصد ان الاجرة على المقتص منه وفي (التحرير) انه فيه قوة وقالوا في باب القصاص اذا كان الولي لا يستوفيه بنفسه ولم يكن هناك من يتبرع استأجره الامام من بيت المال ولو لم يكن فيه مال دفع المقتص منه الاجرة وقد استدل عليه في الخلاف باجماع الفرقة واخبارهم وبه جزم المصنف في قصاص الكتاب والتحرير والارشاد وكاشف اللثام وقال الشهيد انه المنقول لانها مؤنة التسليم الواجب على الجاني كاجرة الكيال الواجبة على البائع وقوى في المبسوط انها من مال المستوفي لانه وكيل فاجرته على موكله وانما على الجاني التمكين لا الفعل (وفيه) انا نقطع بان القطع مستحق عليه بدليل انه لو مكنه منه ولم يقطع وقطع آخر لم يسقط حق صاحب القصاص وينتقل الى الدية بخلاف ما مثلوه به وهو ما اذا اشترى ثمرة على نخلة (وكيف كان) فقد جعلوها على الوالي او الجاني بعد تعذر بيت المال كما بين ذلك في محله وعلى كل حال فيجوز تقديره بالعمل فيعين المحل وبالمدة اذا كان كثيرا يقطع بزيادته على المرة وهو المراد بقوله في التحرير يجوز ان يقرنه بالمدة مع كثرته ﴿ قوله ﴾ (وعلى الدلالة على الطريق وعلى البذرقة) كما في التذكرة وجامع المقاصد لانهما من الاعمال المقصودة المحللة والبذرقة بالقاف المعجمة الخفارة ﴿ قوله ﴾ (ويجب تعيينها بالعمل ولا تكفي المدة) قد صرح في التذكرة بجواز تقدير البذرقة بالمدة والعمل وفي (جامع المقاصد) انه لا مانع من تعيينها بالزمان فما ذكره المصنف هنا ضعيف انتهى ﴿ قوله ﴾ (وعلى الكيل والوزن والعد فيعين بالعمل او المدة) قال في التذكرة يجوز استئجار كيال ووزان ونقاد ويقدر اما بالعمل او بالزمان وحكاه عن العامة وقال لا نعلم فيه خلافا انتهى وحيث يعين بالعمل

وعلى ملازمة الغريم فتعين بالمدة وعلى الدلالة على بيع ثياب معينة وشرائها وعلى السمسرة وعلى الاستخدام سواء كان الخادم رجلا أو امرأة حرا أو عبداً لكن يحرم عليه النظر الى الامة من دون اذن والي الحرة مطلقا ﴿الثاني الدواب﴾ فاذا استأجر للركوب وجب معرفة الراكب بالمشاهدة (متن)

يجب تعيين الجنس والقدر والوصف واجرة الكيال والوزان على البائع اذا امره تملك او بالبيع واجرة ناقد الثمن ووزانه على المشترى كما تقدم بيانه في باب البيع ﴿ قوله ﴾ ﴿ وعلى ملازمة الغريم فيعين بالمدة ﴾ اي ولا يصح تقديره بالعمل لعدم قبوله التعيين وقد يلوح من اطلاق الذكرة جوازه وهو ممكن التصوير وقال في (التذكرة) يجوز الاستئجار على المحاكمة واقامة البينات واثبات الحجج والمنازعة وظاهره أن هذه كلها تقدر بهما ولعله لا ثمرة لتقديرها بالزمان وفي (جامع المقاصد) انه لا يبعد صحة (جوز خل) الاستئجار على الاستيفاء وان اختلف زمان الاستيفاء بالطول والقصر باختلاف حال الغريم ﴿ قوله ﴾ ﴿ وعلى الدلالة على بيع ثياب معينه وشراءها ﴾ كما في التذكرة وجامع المقاصد وقد حكي في التذكرة الخلاف في بيع الثياب المعينه وغيرها عن ابي حنيفة لان ذلك يتعذر عليه لانه قد لا يظفر بالراغب وحاصله انه لا يتقدر بالعمل وانما يقدر بالزمان ورده بانها لا تملك عن راغب وحكى فيها في شرائها الخلاف عن بعض الشافعية لان ذلك لا يكون الا من واحد وقد لا يبيع فيتعذر تحصيل العمل بحسب الظاهر ولان رغبة مالكه في البيع غير معلومه ولا ظاهره قلت لعله غير بعيد ومثله ما لو استأجره للبيع لرجل بعينه هذا وفي (التحرير) في جواز استئجار الدلال على كلمة تروج بها السلعة من غير تعب نظر واجرة الدلال على من يأمره ﴿ قوله ﴾ ﴿ وعلى السمسرة ﴾ هي التوسط بين البائع والمشتري قال في (التذكرة) يجوز ان يستأجر سمساراً ليشتري له ثيابا وغيرها معينة لانها منفعه مباحه تجوز النيابه فيها و يجوز على مدة معلومة كأن يستأجره عشرة ايام ليشتري له شيئاً فان عين العمل دون الزمان فجعل له في كل الف درهم شيئاً معلوما صح ايضا ومثله ما في التحرير وقد تقدم في باب البيع في آخر المطلب الاول من الفصل الثاني في التسليم بسط الكلام في المسئلة وهو من متفردات الكتاب ﴿ قوله ﴾ ﴿ وعلى الاستخدام سواء كان الخادم رجلا أو امرأة حراً أو عبداً لكن يحرم عليه النظر الى الامة من دون اذن والي الحرة مطلقا ﴾ اما جواز الاستئجار على الاستخدام وعدم الفرق في الخادم بين الذكر والانثى والحر والعبد فقد تقدم لنا انه مما لاخلاف فيه بشرط ضبط ماوقعت عليه الاجارة اما بالعمل ان كان مما ينضبط به أو بالزمان كاليوم والشهر واذا ضبط بالزمان بني على العادة في الخدمة من امثاله لامثاله هذا وله منعه عن النوافل ان كانت في وقت الخدمة واما جواز النظر الى الامة مع الاذن فقد حكيناه فيما سبق عن المصنف هنا وعن المحقق الثاني في جامع المقاصد وقد تركه في غيرهما واحتملنا انه تحليل أو من قبيل النظر لمن يريد الشراء ﴿ الثاني الدواب ﴾ منافع الدواب متعددة كالركوب والحمل والاستعمال وقد أجمع أهل العلم كافة على استئجار الدواب للركوب كما في التذكرة وقال في موضع آخر لانعلم فيه خلافا ﴿ قوله ﴾ ﴿ فاذا استأجر دابة للركوب وجب معرفة الراكب بالمشاهدة ﴾ لاخلاف في ان معرفة الراكب شرط في اجارة الدواب للركوب الا من مالك فانه جوز اطلاق الراكب لان أجسام الناس متقاربة لانه أحد نوعي ما وقعت المعاوضة

وفي الاكتفاء بوصفه من الضخامة والنحافة ليعرف الوزن تخميناً نظر ويركبه المؤجر على ما شاء من سرج واكاف وزامله على ما يليق بالدابة فان كان يركب (متن)

عليه فتجب معرفته كالبيع وطرق معرفة الراكب (المعرفة خ ل) ثلاثة وزن الراكب ومشاهدته ووصفه وقد أجمعوا كما في الايضاح على ان المشاهدة تكفي (قلت) وبه صرح في المبسوط وغيره ﴿ قوله ﴾ (وفي الاكتفاء بوصفه في الضخامة والنحافة ليعرف الوزن تخميناً نظر) قد صرح في المبسوط وفقه القرآن للراوندي انه لا يمكن العلم بالراكب الا بالمشاهدة لانه لا يوزن وهو ظاهر الوسيلة وقد يظهر ذلك من التحرير والارشاد والروض ومجمع البرهان بل ومن الشرائع كما ستسمع لان الرجل قد يكون طويلاً خفيفاً وقصيراً ثقيلاً وتختلف الرجال بكثرة الحركات وشدتها وقلتها وكثرة السكنات والوصف لا يضبط ذلك كله ولا يفيده فيكون غرراً (قال في المبسوط) فلا بد من المشاهدة ثم هو بالخيار ان شاء أركبه هو أو اركب من يوازنه قلت والمشاهدة وحدها قد لا تفيد جميع ذلك وقد يفيد ذلك كله مشاهدته مع ذكر أوصافه من كثرة الحركات وقلتها وكثرة السكنات أو ذكر وزنه مع ذكر أوصافه من الطول والقصر وحركاته وسكناته بل والضخامة والنحافة وهذا قول ذكره في التذكرة ولعل هذا هو الوصف التام الرافع للجهالة القائم مقام المشاهدة الذي اختاره بعد تمام الكلام في التذكرة ووافقه في الايضاح وفي (جامع المقاصد) الاكتفاء بالوصف التام ولم يصرح بالوزن وفي (المسالك) الاكتفاء بوصفه بالضخامة والنحافة والقصر والطول والحركة اذا افادت الوصف التام (وقال في الشرائع) ولا بد من تعيين ما يحمل على الدابة اما بالمشاهدة واما بتقديره بالكيل أو الوزن وما يرفع الجهالة ولا يكفي ذكر المحمل ولا راكب غير معين انتهى ومعناه انه لا بد من تعيين الراكب والمتبادر انه بالمشاهدة فتأمل والظاهر انه أراد بما يحمل ما يشمل الراكب فتأمل (وكيف كان) فالظاهر ان نظر المصنف في وصفه الموجب لمعرفة وزنه تخميناً كالضخامة والنحافة والطول والقصر من انه هل هو كالمشاهدة أولا والاصح الاكتفاء بذلك كما هو المتعارف بين الناس ولا يحتاج الى ذكر الحركات والسكنات لانها اختيارية ولهذا ادعى في الايضاح الاجماع على الاكتفاء بالمشاهدة ولكن المصنف اقتصر على ذكر الضخامة والنحافة كما حكاه عن بعض الشافعية في التذكرة ولعلها من دون ذكر الطول والقصر لا يعرف بهما الوزن تخميناً فتأمل ﴿ قوله ﴾ (ويركبه المؤجر على ما شاء من سرج واكاف وزامله على ما يليق بالدابة) اذا تعين الراكب بما عرفت وعينت الدابة بما سيأتي ولم يكن معه مما يركب عليه ويوطأ له على الدابة بان كان مجرداً أركبه المؤجر على مايشاء ولم يحتج الى ذكر مايركب عليه ويجب في توطئة الدابة ماجرت به العادة في مثلها فان كانت فرساً وطئها بالسرج واللجام وان كانت حماراً فبالاكاف والبرذعة واكاف الحمار ككتاب وغراب ووكافه برذعته كذا في القاموس والظاهر ان المراد بالزاملة هنا نوع مما يوطأ به والا فهي التي يحمل عليها من الابل وغيرها وان كانت بعيراً فبالحداجة والقتب والزمام الذي يقاد به البعير لان ذلك مقتضى العرف مع الاطلاق اذا لم يشترط شيئاً بعينه والاوجب اتباع الشرط وهو معنى قوله مايليق بالدابة فانه منزل على ما اذا لم يشترط مراداً منه انه ينظر الى مايليق بالدابة ولا يلتفت الى مايليق بالراكب ولو صلحت للامرين معاً من سرج وغيره وجب التعيين ولعل الظاهر مراعاة حال الراكب ولو اقتضت العادة شيئاً حمل عليه ﴿ قوله ﴾ (فان كان يركب

على رحل المستأجر وجب تعيينه فيجب ان يشاهد المؤجر الآلات فان شرط المحمل وجب تعيينه بالمشاهدة او الوزن وذكر الطول والعرض والغطا وجلسه أو عدمه فان عهد اتفاق المحامل كفى ذكر جنسها والوطاء وجلسه أو عدمه ووصف المعاليق ان شرط بما يرفع الجهالة والوزن أو المشاهدة (متن)

على رحل المستأجر وجب تعيينه فيجب ان يشاهد المؤجر الآلات ﴾ أراد بيان ما اذا لم يكن الراكب مجردا كأن كان يريد ان يركب على رحل عنده أو فوق زاملة له أو سرج أو نحو ذلك فقال وجب تعيين الرحل فيجب ان يشاهده ويشاهد ماكان نحوه من الآلات من الرحل والزاملة والسرج لان الاطلاق لا حارة لا يقتضيها حتى ينزل عليها ولا يخفى مافي العبارة من بيان حكم الخاص بتفريع حكم العام عليه وهو كما ترى غير جيد والمتبادر من العبارة انه يجب ان يشاهد آلات الرحل لكن المعنى الاول هو الذي ذكره في التذكرة ويناسب مافرعه عليه وكيف كان فمعرفة الآلات من الرحل والزاملة وغيرها بمشاهدتها دون وصفها في ظاهر المصنف هنا والشيخ في المبسوط والطوسي في الوسيلة لكن المصنف ميكتفي في المحمل بالوصف مع ذكر الوزن فالرحل اولى وقال في (التذكرة) يجب ان يعرف المؤجر هذه الآلات فان شاهدها كفى ولا حمل على العرف المطرد بينهم وان لم يكن لهم معهود مطرد فلا بد من ذكر وزن السرج والاكاف والزاملة ووصفها وهو قول بعض الشافعية ولا يشترط أكثرهم وزن السرج والاكاف لقلة التفاوت بينها ولهم في العمارية والمحمل ثلاثة أوجه (الاول) تعين المشاهدة ولا يكفي الوصف (الثاني) كفاية الوصف في البغدادية لان كانت خفافا وعدمه في الخراسانية لان كانت ثقالا (الثالث) كفاية الوصف مع ذكر الوزن في الجميع ﴿ قوله ﴾ (فان شرط المحمل وجب تعيينه بالمشاهدة أو الوزن وذكر الطول والعرض والغطا وجلسه أو عدمه) اما وجوب تعيين المحمل ان شرطه بالمشاهدة أو الوصف مع ذكر الوزن بمعنى ذكر الطول والعرض والوزن فهو خيرة الشرائع والتذكرة وجامع المقاصد والمسالك وظاهر المبسوط عدم الاكتفاء بالوصف واقتصر في التحرير والارشاد ومجمع البرهان وغيرها على ذكر التعيين واما وجوب بيان كونه مغطى او مكشوفا فقد اتفقت عليه هذه الكتب الستة كما اتفقت عدا المبسوط على وجوب ذكر وصف الغطاء وهو المراد بذكر جنسه وفي (المبسوط) انه الاولى والوجه في الجميع ظاهر لاختلاف الحال في ذلك الا ان يكون في المحمل وغطائه عرف مطرد معهود فيحمل الاطلاق عليه كما نبه عليه المصنف بقوله ولو عهد اتفاق كفى ذكر جنسها اي لو اعهد اتفاق جنس من اجناس المحامل كالمدينة كفى ذكر الجنس عن ذكر الوزن والطول والعرض نظرا الى المعهود المتعارف وبه صرح في التذكرة وجامع المقاصد ﴿ قوله ﴾ (والوطاء وجلسه أو عدمه) كما في التذكرة وجامع المقاصد والمسالك اي يجب تعيين الوطاء بالرؤية اوالصفة فرارا من الغرر غيرانه قال في التذكرة ينبغي وهو بكسر اوله عطف على الغطاء وهو الذي يفرش في المحمل ليجلس عليه ﴿ قوله ﴾ (ووصف المعاليق ان شرط بما يرفع الجهالة والوزن او المشاهدة) اذا استأجر للركوب ولم يشترط المعاليق كالقربة والادواة والسفرة والسطحة ونحو ذلك لم يستحق حملها لانه قد لا يكون للراكب شيء من ذلك وقد يكون له بعضها أو كلها فاذا لم يكن هناك ضابط وعادة فلا شيء ينصرف الاطلاق اليه لعدم الدلالة عليه فان شرط المعاليق أو كانت العادة تقتضيها وجب معرفتها اما بالمشاهدة أو بالوصف الرافع للجهالة

ولا بد من تعيين الراكبين في المحمل ولا بد من مشاهدة الدابة المركوبة او وصفها وذكر جنسها كالابل ونوعها كالبخاتي أو العراب أو الذكورة والانوثة فان لم يكن السير اليهما لم يذكر (متن)

من الكبر والصغر المتضمن لذكر الوزن كما في التذكرة وجامع المقاصد وهو المراد ﴿قوله﴾ في الشرائع لا يكفي ذكرها ما لم يعين قدرها وجنسها وكذا قوله في التحرير يجب معرفة المعاليق وفي (المبسوط) لا بد من ذكر المعاليق والاولى أن يشاهدها وظاهر الوسيلة انه لا بد من مشاهدتها والوقوف على الوزن بمعنى مع كما سمعت من التذكرة هذا فان اطلق مع اشتراط حملها بدون تعيينها بطل العقد وذلك مع خلو السفرة عن الزاد والادوة والقربة من الماء واما الزاد الذي فيها فلا بد من بيان مقداره كما يأتي بيانه ان شاء الله تعالى ولعل الامر في الماء سهل فتأمل وواحد المعاليق معلوق نص عليه في المبسوط ﴿قوله﴾ ﴿ ولا بد من تعيين الراكبين في المحمل ﴾ كما نص عليه ايضاً في التحرير ولقد كان يغني عنه قوله آنفاً وجب معرفة الراكبين بالمشاهدة ﴿قوله﴾ ﴿ ولا بد من مشاهدة الدابة المركوبة او وصفها بذكر جنسها كالابل ونوعها كالبخاتي والعراب والذكورة والانوثة ﴾ كما ذكر ذلك كله في المبسوط وفقه الراوندي والشرائع والتحرير والتذكرة وجامع المقاصد والمسالك مع احتمال عدم اشتراط الذكورة والانوثة في الثلاثة الاخيرة وهو قضية الاقتصار في الارشاد والروض ومجمع البرهان على المشاهدة أو الوصف لان التفاوت بينهما بكون الذكر اقوى والانثى اطيب سيرا لا يمكن ضبطه فلم يكن معتبرا في نظر الشرع ولا كذلك الاختلاف في الجنس والنوع لانه امر ظاهر واضح تختلف فيه الاغراض واذا كان في النوع ما يختلف مشيه جودة ورداءة وجب ذكره وان كانت مشاهدة كالجمل فان فيها القطوف وغيره وقد نص عليه في التذكرة والتحرير وهذا اذا اشار الى عين شخصية غائبة وكذلك الحال اذا كانت الاجارة في الذمة غير مشار بها الى عين شخصية فانه ايضا لا بد من ذكر الجنس والنوع والوصف الذي تختلف به العادة في السير والركب كما في التذكرة وجامع المقاصد والمسالك وهذا كله اذا كان الاستئجار للركوب ولا يشترط شيء من ذلك اذا كان الدابة للحمل كما صرح بذلك في الشرائع والتذكرة والمسالك وهو قضية غيرها الا أن يكون المحمول مما تضره كثرة الحركة كالزجاج والفاكهة فلا بد من معرفة حال الدابة كما في التذكرة وينبغي أن يقيد عدم الاشتراط في الحمل بما اذا كانت الاجارة واقعة على ما في الذمة اما لو كانت على عين غائبة فلا بد من رؤيتها أو وصفها كما يأتي بيان ذلك كله ﴿ قوله ﴾ ﴿ فان لم يكن السير اليهما لم يذكر ﴾ اذا استأجر الدابة للركوب الى مكة او الى مكان لا يكون امر السير فيه الى اختيارهما فلا فائدة في ذكر وقته وقدره بل لا وجه له وان كان الى اختيارهما وجب بيان قدره في كل يوم ووقته كما هو صريح مجموع كلام التذكرة وجامع المقاصد وهو قضية كلام التحرير فيهما والمبسوط في التقدير خاصة وصريح الشرائع والارشاد والروض ومجمع البرهان في الوقت خاصة واطلاق كلام الشرائع وما ذكر بعدها حيث لم يفصل فيها بالاختيار وعدمه وقيل فيها يجب تعيين وقت السير ليلاً أونهاراً محمول على الغالب من كون الاختيار اليهما او على أنه حيث لا يكون السير اليهما تكون الاجارة باطلة لان معرفة السير اذا كان لا بد منها في صحة الاجارة وبدونها تقع الغرر وبفقد الشرط تكون باطلة ومثله ما اذا استاجر دابة الى مكة فان تعيين اول المدة ليس اليهما وقد اشكل ذلك على المحقق الثاني والشهيد الثاني وقد يندفع بانه

وكذا اذا كانت المنازل معروفة فاذا اختلفا فيه أو في السير ليلا أو نهاراً حمل على العرف وان لم تكن معروفة وجب ذكرها واذا شرط حمل الزاد وجب تقديره وليس له ابدال ما فني بالاكل المعتاد (متن)

لا بد أن يحصل لهاتي الفرضين علم اجمالي لا يختلف اختلافا يعتد به بحيث يقضي بالغرر الموجب للفساد خصوصا الاخير وله نظائر كما ستسمع كلامهم في الزاد ونحوه ولو فرض الاختلاف الكثير بحيث يصدق في العرف انه جهالة وغرر لا تحمله الاجارة منعنا من صحتها وعلى ذلك يحمل منعه في التذكرة من صحة الاستئجار في الذي ليس له منازل مضبوطة اذا كان مخوفا لا يمكن ضبطه ﴿ قوله ﴾ (وكذا اذا كانت المنازل معروفة) أي وكذا لا يذكر قدر السير اذا كانت المنازل معروفة لان الاطلاق ينزل على المتعارف كما في التذكرة والتحرير وجامع المقاصد وهو قضية كلام المبسوط ولا فرق في ذلك بين كون السير دائما في الليل او دائما في النهار او في الصيف ليلا وفي الشتاء نهاراً ولو كان السير باختيار المؤجر ففي (التحرير) أن الاقرب أنه لا يجب ذكر قدر السير بل يستحب ولا تغفل عن قوله يستحب لانه ليس مما يترتب عليه ثواب ﴿ قوله ﴾ (فاذا اختلفا فيه او في السير ليلا او نهاراً حمل على العرف) يريد أنهما لو اختلفا في قدر السير او وقته حمل على العرف لان الاطلاق ينزل على المتعارف فيرجع اليه عند الاختلاف وعليه نزل في المبسوط اختلافهما في الوقت ولم يذكر اختلافهما في القدر وعكس في التذكرة ومثله ما اذا اختلفا في موضع النزول فهذا يقول داخل البلد وهذا يقول خارجها فانهما يرجعان الى العرف كما في المبسوط والسرائر والتذكرة والتحرير واما اذا اختلفا في النزول للراحة أو الرعي فقد قوى في المبسوط انه لا يلزم احدهما اجابة الآخر وبه جزم في التذكرة واحتمل فيما اذا اراد احدهما النزول للخوف أو التجاوز عن الشرط او العادة لمكان كون ذلك عذراً وأن يأمر الآخر بموافقته (وليعلم) انه قد خلا كلام القدماء عن ذكر هذه الشروط بل ظاهر الوسيلة والكافي عدم اعتبارها (قال في الوسيلة) اذا استأجر للركوب عين اربعة اشياء الراكب والطريق والمنزل والركوب بالمحمل أو الزاملة او القتب بعد رؤية ذلك ومساقرا وظاهره كما هو عادته الحصر ولعله لان الاجارة تحمل من الغرر ما لا يحمله البيع وهذه الشروط مبنية على قواعد البيع ﴿ قوله ﴾ (وان لم تكن معروفة وجب ذكرها) أي أن لم تكن المنازل معروفة وكانت العادة مختلفة أو لم يكن منازل اصلا لم يصح حتى يبينا أو يقدرا ذلك بالزمان كما في التذكرة وكذا جامع المقاصد (وقال في التحرير) ولو لم يكن للطريق منازل معروفة فالاقوى صحة العقد والرجوع الى العادة في غير تلك الطريق وهو قوي جدا ﴿ قوله ﴾ (واذا شرط حمل الزاد وجب تقديره) كما في الشرائع والتذكرة وجامع المقاصد والمسالك وكذا الكفاية وهو قضية كلام المبسوط والتحرير والتذكرة أيضاً في اثناء كلام له وتكفي الرؤية عن التقدير كما نص عليه في التذكرة والوجه فيه اختلاف الناس فيه فمنهم من يكثر الزاد ومنهم من يقنع باليسير فلا عرف له ليرجع اليه فيه ﴿ قوله ﴾ (وليس له ابدال ما فني بالاكل المعتاد) كما في الشرائع والتحرير وجامع المقاصد والمسالك لان المتبادر من الزاد ما يفنى في الطريق بالاكل والعرف والعادة انه اذا نقص بالاكل لا يبدل لانه لا يبقى جميع المسافة ولذلك يقل أجره عن أجر المتاع (وقال في المبسوط) ان أكله أو أكل بعضه كان له ابداله وكأنه على الاقوى وفي (التحرير) انه ليس بردي وقد احتمل في التذكرة

الا مع الشرط وان ذهب بسرقة او سقوط أو بأكل غير معتاد فله ابداله وان شرط عدم الابدال مع الاكل ويجب على المؤجر كلما جرت العادة ان يوطيء للركوب به للراكب من الحداجة والقتب والزمام والسرج واللجام والحزام أو البرذعة ورفع المحمل وحطه وشده على الجمل ورفع الاحمال وشدها وحطها والقائد والسائق ان شرط مصاحبته وان أجره الدابة ليذهب بها للمستأجر فجميع الافعال على الراكب (متن)

الامرين ثم قال ولو قيل ليس له ابداله أبدا كان مذهبا قال ومحل النزاع ما اذا كان يجد الطعام في المنازل المستقبلة بسعر المنزل الذي هو فيه اما اذا لم يجده أو وجده بثمن أغلى فله الابدال لا محالة (قلت) وعلى ذلك نبه في المبسوط والتحرير ولعل محل النزاع أيضا ما اذا أراد ابداله بزاد غيره لا بشيء آخر كما هو ظاهر كلام المبسوط وغيره لكن تنظيره في المبسوط يقضي بالاطلاق قال كما اذا اكتراها لحمل شيء معلوم ثم انه باعه أو باع شيئا منه في الطريق كان له ابداله انتهى فتأمل ﴿ قوله ﴾ ﴿ الا مع الشرط ﴾ أي شرط الابدال فيجوز له الابدال ويصح لاشتراط كما في الشرائع والتذكرة والتحرير وجامع المقاصد والمسالك وفي الاخيرين انه لا اشكال ولا ريب في الصحة ووجوب الوفاء بالشرط قلت ولا يضر عدم علمه بوقت فنائه تنزيلا على العادة التي لا تختلف غالبا اختلافا يعتد به وقال في (جامع المقاصد) ويعلم من ذلك انه لو شرط حمل زاد زائد على المعتاد فليس للزائد حكم المعتاد بل له ابداله نظرا الى العادة (قلت) لعله أراد انه يصير حينئذ كالمحمول المطلق (وفيه) انه اذا أراد حمل الجميع زادا توسعة كان له حكمه ﴿ قوله ﴾ ﴿ وان ذهب بسرقة أو سقوط أو بأكل غير معتاد فله ابداله ﴾ بلا خلاف كما في المبسوط والتذكرة وقد نص عليه في التحرير وجامع المقاصد والمسالك والخلاف المنفي في المبسوط انما هو بين العامة لانه لم يتعرض له منا أحد فله واما هم فلهم في أصل المسألة أقاويل مختلفة وتفاصيل متشعبة ولعلهم أرادوا بالاكل الغير المعتاد الضيافة الغير المعتادة ﴿ قوله ﴾ ﴿ وان شرط عدم الابدال مع الاكل ﴾ معناه انه له ابداله ان ذهب بسرقة ونحوها وان شرط عدم الابدال لان المراد بالشرط انما هو على تقدير الاكل المعتاد تنزيلا لاطلاق الشرط على العادة المستمرة المضبوطة كما هو قضية كلام الباقين ﴿ قوله ﴾ ﴿ ويجب على المؤجر كل ما جرت العادة ان يوطيء للركوب به للراكب من الحداجة والقتب والزمام والسرج واللجام والحزام والبرذعة ورفع المحمل وحطه وشده على الجمل ورفع الاحمال وشدها وحطها والقائد والسائق ان شرط مصاحبته وان أجر الدابة ليذهب بها المستأجر فجميع الافعال على الراكب ﴾ حكم المصنف هنا وفي التحرير بان هذه الاشياء التي تتوقف عليها توفية المنفعة وجرت العادة بتوطئتها للركوب تجب على المؤجر للراكب ان شرط الراكب مصاحبته وحكم بانها على الراكب ان اجره الدابة ليذهب بها ولم يبين لنا الحال فيما اذا اطلق ولم يذكر شيئا من هذين الامرين وينبغي ان يكون حكمه ان ينظر الى العادة فان اقتضت شيئا بخصوصه وكانت مضبوطة حمل الاطلاق عليه ولو لم تقتض شيئا ولم يشترطا امرا بخصوصه نظرنا الى الاجارة فان كانت في الذمة بمعنى انه اوقع العقد على التبليغ فقال اجرتك نفسي على ان ابلغك الى موضع كذا وجبت هذه الاشياء على المؤجر سواء ذكر الدابة ام لا عينها ام لا وكذا ان كانت في الذمة على دابة موصوفة لانه بمعناه وان كانت على عين مخصوصة ولم يذكر تبليغا وجب التخلية بين المستأجر وبينها لكنا نسأل عن الفرق بينه وبين ما اذا

واجرة الدليل والحافظ على الراكب وعلى المؤجر اركاب المستأجر اما برفعه او ببروك الجمل ان كان عاجزاً كالمرأة والكبير والا فلا (متن)

وقعت على دابة موصوفة ولعله لانها في الثانية يجب ابدالها اذا تلفت ففيها نوع من التبليغ ويأتي في أواخر الفصل الثالث ماله نفع في المقام وله في التذكرة ضابط آخر وهو انه أطلق القول بوجوب هذه الاشياء على المؤجر ان كانت في الذمة وعدمه ان كانت معينة قال وان ورد على دابة بعينها وجب على المؤجر التخلية بينها و بين المستأجر ولا يجب ان يعينه في الركوب ولا الحمل ولم ينظر الى اشتراط مصاحبته ولا الى اقتضاء العادةشيئا معينا ولعله يقيد ذلك بما اذا لم يكن أحد هذين وفي (المسالك) ضابط آخر قال بوجوبها مع اشتراط المصاحبة او قضاء العادة بها او كانت الاجارةفي الذمةامالو كانت مخصوصة بدابة معينه ليذهب بها كيف شاء ولم تقض العادة بذلك فجميع ذلك على الراكب ولم يبين لنا حال ما اذا كانت مخصوصة ولم يكن اجرها له ليذهب بها كيف شاء وقدعرفت حكمه وفي (المبسوط) يجب على المؤجر كل ما يحتاج اليه لتمكن من الركوب كالحزام وشده وحبله وشيل المحمل وحطه ولم يفرق بين ما اذا كانت في الذمة او على عين ولا بين اشتراط المصاحبه وعدمه ونحوه ما في الشرائع يلزم الموجر ما يحتاج اليه في امكان الركوب من الرحل والقتب وفي رفع المحمل وشده تردداظهره اللزوم انتهى ونحوهما ما في الذمة والروضة يجب على المؤجر كل مايتوقف عليه توفية المنفعة ونحو ذلك ما في الارشاد ومجمع البرهان والروض يلزم آلات الركوب من الرحل والقتب والحزام ورفع المحمل وشده واعانة الراكب للركوب والنزول ولعل مراد المبسوط وما كان نحوه ان ذلك اذا قضت به العادة وليعلم ان هنا عادتين (الاولى) عادة مايحتاج اليه الراكب من الحداجة ونحوها من الآلات التي يوطأ بها له (والثانية) عادة مايجب ان يكون من عند المؤجر من مقدمات الركوب والتحميل وأسباب تهيئتها وايصال الحق من ركوب وتحصيل الى أهله وقد حكم المصنف هنا وفي التذكرة والتحرير والارشاد والمحقق والكركي والشهيد الثاني والمولى الاردبيلي بان شد المحمل ورفعه على المؤجر وحكى في المبسوط في رفع المحمل وجهين من دون ترجيح وقد جزم في الكتب المذكورة عدا الشرائع فانه لم يتعرض له بكون القائد والسائق على المؤجر وفي (المبسوط والسرائر والتحرير) ان السوق على الراكب قالوا نعم ان استأجره لحمل المتاع فعلى المؤجر وقد قال قبل ذلك في التحرير بسطرين ان القائد والسائق على المؤجر والجمع ممكن فتأمل والجار في قوله للراكب متعلق بقوله يجب أو بالعادة أو بيوطيء ولو قدمه فقال يجب للراكب لكان أوضح ﴿قوله﴾ (وأجرة الدليل والحافظ على الراكب) كما في جامع المقاصد و بالثاني صرح في التذكرة والاطلاق يقضي بانه لافرق بين ان يكون شرط مصاحبة المؤجر أم لا ولا بين ان تكون وردت على العين ام الذمة (اما الاول) فلان الدليل لايتوقف عليه الركوب فلا يجب على المؤجر (واما الثاني) فلانه ليس مما يتوقف عليه تحصيل المتاع حتى يكون مقدمة له ﴿قوله﴾ (وعلى المؤجر اركاب المستأجر اما برفعه أو ببروك الجمل ان كان عاجزا كالمرأة والكبير والافلا) كما في المبسوط والسرائر والتذكرة والتحرير وجامع المقاصد واليه أشير في الارشاد والروض ومجمع البرهان بقولهم على المؤجر اعانة الراكب للركوب والنزول في المهمات المتكررة ومرادهم في المهمات وان تكررت كالبول ونحوه ومثل بروك البعير تقريب الحمار والفرس والبغل من نشز من الارض ليسهل معه الركوب

ولو انتقل الى الطرفين تغير الحكم فيهما وعلى المؤجر ايقاف الجمل للصلوة وقضاء الحاجة دون مايمكن فعله عليه كصلوة النافلة والاكل والشرب ولو استأجر للعقبة جاز ويرجع في التناوب الى العادة (متن)

(وجه الاول) انه يجب عليه ايصال الحق الى أهله وهو المنفعة فلو توقف على أمر من اركاب ونحوه وجب ذلك الامر وفيه تأمل (واما الثاني) فلانه لم يتوقف الايصال على ذلك لانه قادر قوي متمكن فيمتنع وجوب مالم يتوقف عليه الحق (وقال في جامع المقاصد) ان ذلك كله انما هو اذا كانت الاجارة في الذمة أو شرط ذلك على المؤجر والا لم يجب (قلت) قضية اطلاق العبارات أنه لافرق في ذلك بين كون الاجارة واردة على عين أو في الذمة ولا بين ان يكون قد شرط ذلك أم لا أو شرط مصاحبته أم لا قضت به العادة أم لا (سلمنا) ان اطلاقهم لايتناول ذلك كله لكن قضية كلام جامع المقاصد انه لو قضت العادة بذلك انه لايجب ذلك الا ان تقول انه تركه للعلم به ولعله أراد بما في الذمة انه استأجره للتبليغ أو على دابة في الذمة لانه في معنى التبليغ والدليل المذكور تام فيما اذا شرط عليه ذلك لكنه يقرر بخلاف ذلك فهو مسوق لما اذا كانت الاجارة على التبليغ بمعنييه لكنه لايخلو عن تأمل من وجهين فليتأمل جيدا ﴿ قوله ﴾ ﴿ ولو انتقل الى الطرفين تغير الحكم فيهما ﴾ كما في المبسوط والتذكرة والتحرير وجامع المقاصد ومعناه انه لو انتقل المستأجر من القوة الى طرف العجز أو بالعكس تغير الحكم فيهما فحكم القوي ان لايجب على المؤجر اركابه ويتغير اذا صار ضعيفا فيجب حينئذ ان يركبه والعكس بالعكس ولا يحتبى هذه العبارة ﴿ قوله ﴾ ﴿ وعلى المؤجر ايقاف الجمل للصلوة وقضاء الحاجة دون مايمكن فعله عليه كصلوة النافلة والاكل والشرب ﴾ كما في الكتب الاربعة المتقدمة والسرائر وفي (المبسوط والسرائر والتذكرة والتحرير) ماحاصله انه اذا وقف للصلوة لايجب عليه المبالغة في التخفيف وليس له الابطاء والتطويل وفي (المبسوط والسرائر) انه يصلي صلاة المسافر يتم الافعال ويختصر الاذكار قال في (السرائر) لان حق الغير تعلق به وفي (التحرير) انه لو كان في موضع التخيير جاز الاتمام وليس للمؤجر منعه منه وفي (التذكرة) ليس له التزول أول الوقت لينال فضيلته ﴿ قوله ﴾ ﴿ ولو استأجر للعقبة جاز ويرجع في التناوب الى العادة ﴾ كما في المبسوط والشرائع والتذكرة والتحرير وجامع المقاصد والمسالك وظاهر التذكرة الاجماع على جواز الاستئجار للعقبة حيث قال عندنا فان كانت العادة مضبوطة بالزمان بان يركب يوما وينزل يوما حمل عليها وكذا ان كانت مضبوطة بالفراسخ بان يركب فرسخا وينزل فرسخا وقضية اطلاق الكتب المذكورة انه لا يشترط في صحة الاجارة تعيين من يبدأ بالركوب في متن العقد بل يتفقان فان تشاحا اقرع كما هو خيرة التحرير في مانحن فيه والتذكرة في مثل مسئلتنا واحتمل فيها أن لا يصح كراها لانه عقد على مجهول ومفض الى التنازع وقال في (جامع المقاصد) وكذا المسالك أن القول بالقرعة بعيد لان محلها الامر المشكل ولا اشكال في عقد المعاوضة الموجب للجهالة والمفضي الى التنازع وقد تقدم في الشرط السادس انه لابد من تعيين من يبدء بالركوب ومحل الركوب ومحل التزول وتشخيص الزمان فليرجع اليه (قلت) نظر الجماعة الى ان ذلك لا يقدح في الصحة لان اصل العقد صحيح وانما الجهالة في القسمة كما اذا اشتريا طعاما من صبرة فان احدهما يقبض قبل الآخر وان تشاحا اقرع ولا يعد ذلك جهالة وكما اذا استأجر داراً ليسكناها على

وتقسم بالسويه ان اتفقا والا فعلى ماشرطاه (متن)

التناوب كما اذا علمنا ذلك من نيتهما بل قال في التذكرة لو استأجر اثنان جملا يركبانه عقبه بان ينزل احدهما ويركب الآخر صح ويكون كراهما طول الطريق والاستيفاء بينهما على ما يتفقان عليه وأن تشاحاقسم بينهما لكل واحد منهما فراسخ معلومة أوازمنة معينة الى آخر ماقال فقد صحح هذا العقد مع ما فيه من الجهالة فما نحن فيه اولى بالصحة(وكيف كان) فان لم يكن فيمسئلتنا عادة مضبوطة بالزمان أو بالفراسخ وجب تعيين تناوبهما هل هو بالزمان المعين أو الفراسخ لان بعض الاشخاص يقدر على التناوب بالفراسخ ولا يقدر عليه بالزمان والابطل وان اتفقا على خلاف العادة وكان مضبوطا جاز كما صرح بالحكمين في التذكرة وغيرها والعقبه بالضم النوبة وهما يتعاقبان على الراحله اذا ركب هذاتارة وهذا اخرى كما استأجرها رجلان ليتعاقبا او تعاقب المستأجر والمالك أو تعاقب مع الدابة كما اذا اجرها ليركبها بعض الطريق ويتركها من دون ركوب ويمشي البعض الآخر ولا فرق في ذلك بين الجمل وغيره وهذهالعقبة هي المهايات التي تقدم بيانها عند قوله ولو استأجر الدابة ليركبها نصفالطريق صح واحتيج الى المهايات أن قصد التراوح كما تقدم بيانه مبينا ﴿قوله﴾ (ويقسم بالسوية ان اتفقا والا فعلى ما شرطاه) لما بين أنه يرجع فيالتناوب الى العادة فان كانت عادة المتعاقبين التناوب بالزمان حمل الاطلاق على الزمان وان كان بالمسافه حمل عليها اراد ان يبين انهما كيف يقسمان الزمان ان ضبطت به وكيف يقسمان المسافه ان ضبطت بها فقال انهما يقتسمان الطريق بالسوية ان اتفقا في الاستحقاق وتساويا في الاجرة فلهذا يوم أو نصف يوم وللآخر كذلك ان كانت العادة على الزمان ولهذا فرسخ وللآخر فرسخ ان كانت على المسافة وانهما ان تفاوتا في الاستحقاق والاجرة فعلى ما شرطاه واتفقا عليه من القسمة اثلاثا أن كانا دفعاها كذلك مع ملاحظة العادة والجري على مقتضاها وهو التناوب بالزمان مثلا ان كان العادة على القسمة به و بالفراسخ ان كانت على القسمة بالمسافة وقد عرفت ان المصنف وغيره في الكتاب وغيره لا يشترطون تعيين محل الركوب ومحل النزول ولا من يبدء بالركوب وعلى هذا فالعبارة على مختار المصنف هنا خاليه عن كل وصمة ولها وجه آخر يأتي (وقال في جامع المقاصد) أنها لا تخلو عن شيء وبينها بان الطريق يقسم بينهما في الركوب بالسوية أن استويا في الاستحقاق وان لم يستويا فيه قسم بينهما على ما شرطاه بينهما وعيناه لكل واحد منهما ثم قال لكن لا يستقيم ذلك لانه لا بد من تعيين ركوب كل منهما ونزوله امابالتنزيل على العادة المضبوطه او بالتعيين في العقد وحينئذ فلا مجال للقسمة الا بمقتضى المعقود عليه(قلت)قدعرفت ان القسمة فيما ذكرناه على مقتضى المعقود عليه ولا يشترطون غير ذلك بل قد يقال ان العادة متناولة لما اراد ثم قال ويحتمل أن يكون مراده ان اطلاق التناوب يقتضي المساواه الى ان يشترطا غيره لكن قوله ويرجع في التناوب الى العادة ينافي ذلك مع ان العبارة لاتؤديه لان قوله ان اتفقا اي استويا في الاستحقاق ينافي ذلك (قلت) انت اذا لحظت ما ذكرناه عرفت انه لا منافاة فيه لشيء من العبارتين لانه يصير حاصله ان اطلاق التناوب يقضي بالمساواة في الركوب على العادة المتادة من زمان أو مسافة ان تساويا في الاجرة الا أن يشترطا مع المساواة في الاجرة الاختلاف في الركوب بان يركب هذا ساعة وهذا ساعتين أو هذا فرسخا وهذا فرسخين وهذا هو الوجه الآخر الذي اشرنا اليه آنفا لكن فيه ان تقدير الشرط بعد ان يحتاج الى تجشم شديد

وان يستأجر نوبا مضبوطة اما بالزمان فيحمل على زمان السير أو بالفراسخ وان استأجر للحمل فان اختلف الغرض باختلاف الدابة من سهولتها وسرعتها وكثرة حركتها وجب ذكره فان الفاكهة والزجاج تضره كثرة الحركة وبعض الطرق يصعب قطعه على بعض الدواب والا فلا واما الاحمال فلا بد من معرفتها بالمشاهدة (متن)

(وقال في جامع المقاصد) ويمكن ان يريد وجوب الآخر الذي اشرنا اليه آنفا لكن فيه ان تقدير الشرط بعد ان يحتاج الى تجشم شديد وقال في جامع المقاصد ويمكن ان يريد وجوب الاجرة عليهما بالسوية ان اتفقا في الركوب والا فعلى ما شرطاه من الركوب بينهما الا انه خلاف المتبادر من العبارة ولم يجر للاجرة ذكر انتهى ولا ينبغي ذكر هذا الاحتمال ﴿ قوله ﴾ (وان يستاجر نوبا مضبوطة اما بالزمان فيحمل على زمان السير او بالفراسخ) يريد أنه يجوز أن يستأجر مع كونه وحده من المالك دابته ليركبها في هذا الطريق خمس نوبات مثلا اي خمسة فراسخ أو خمسة ايام ويبين ذلك بانه الفرسخ الاول والثالث وهكذا في الايام وهذا التناوب يكون اما مع المالك كأن يركب المالك يوما أو فرسخا ثم المستأجر يوما أو فرسخا واما مع الدابة كأن يركبها المستأجر فرسخا وينزل ويمشي فرسخا كما نبهنا عليه آنفا وعلى هذا الاخير اقتصر في المبسوط والتحرير في بيان هذه العقبة الخاصة وقد قصد بذلك الرد على الشافعي بل وعلى الشيخ لان الشافعي صرح هنا في الفرض الاول بعدم الجواز لتأخر حق المكتري وتعلق الاجارة بالزمان المستقبل وهو لازم للشيخ كما عرف مما تقدم وللشافعي في الفرض الثاني وجوه وعلى هذا فالفرق واضح بين هذه وبين العقبه بالمعنى الآخر واحتمل في جامع المقاصد الفرق بان يراد بالاول ما اذا اكتفى بالعادة المضبوطة واطلق في العقد ويراد هنا التعيين في نفس العقد وضبط النوب اما بالزمان او بالفرسخ واشار بقوله فيحمل على زمان السير الى أن نزوله في المنزل يوما أو يومين لا يكون محسوبا من النزول بين النوب لان المتبادر من ذلك النزول في خلال السفر والسير ﴿ قوله ﴾ (وأن استأجر للحمل فان اختلف الغرض باختلاف الدابة من سهولتها وسرعتها وكثرة حركتها وجب ذكره فان الفاكهة والزجاج تضره كثرة الحركة وبعض الطرق يصعب قطعه على بعض الدواب والا فلا) كما صرح بذلك كله في التذكرة والتحرير وجامع المقاصد وعليه نبه في المبسوط وقد سمعت فيما تقدم قريبا ما حكيناه عن الشرائع وغيرها من انه لو استأجرها للحمل لا يشترط فيها شيء مما يشترط للركوب والمراد انه لو استأجر دابة في الذمة ولم يختلف غرضه باختلافها ولم يكن الطريق مما يختلف فيه حال الدواب فيصعب قطعه على بعض الدواب دون بعض لم تجب معرفتها من كونها فرسا او ابلا أو غيرهما ولا ذكر اوصافها لان الغرض حمل المتاع كالحنطه والشعير والابريسم ولا يطالب حالها ولا سهولتها ولا صعوبتها فلا يختلف الغرض بحال الحامل لكن قال في التذكرة غير مستبعد اشتراط معرفة الدابة كالركوب لان الاغراض تختلف في تعلقها بكيفية سير الدابة وسرعته وبطئه وقوته وتخلفه عن القافلة مع ضعفها وقد استجوده في جامع المقاصد واما اذا اختلف الغرض بالنسبة الى الحمل ككون المحمول زجاجا او خزفا أو فاكهة أو نحو ذلك او كان حال الدواب في قطع ذلك الطريق مختلفا فلا بد من التعيين ليرتفع الغرر وانما قيدنا الدابة بكونها في الذمة لانها اذا كانت معينه فلا بد من رؤيتها او وصفها وصفا يرفع الجهالة كما في التذكرة وجامع المقاصد ﴿ قوله ﴾ (واما الاحمال فلا بد من معرفتها بالمشاهدة) كما في الشرائع

أو الوزن مع ذكر الجنس وذكر المكان المحمول اليه والطريق ولو استأجر الى مكة فليس له الالزام بعرفة ومنى بخلاف ما اذا استأجر للحج (متن)

والتذكرة والتحرير والارشاد وجامع المقاصد والمسالك والروض ومجمع البرهان لأنها من اعلا طرق العلم كما في التذكرة (قلت) لكنها قد لا تثمر العلم بالقدر ولعله لذلك قال في التذكرة ولو كان في ظرف وجب ان يمتحنه باليد تخميناً لوزنه ووافقه على ذلك صاحب المسالك قال لما كان الضابط التوصل الى ما يرفع الجهالة لم يكف مطلق المشاهدة بل لا بد معها من امتحانه باليد تخميناً لوزنه أن كان في ظرف لما في الاعيان من الاختلاف في الثقل والخفة مع التفاوت ولعل الوجه في التقييد بكونه في ظرف في الكتابين لانه هو الذي يمكن ان يمتحن باليد فتأمل وهذا كله اذا كان حاضراً و يأتي بيان الحال فيما اذا لم يكن حاضراً ولم يتعرض في المبسوط لذكر المشاهدة لكنه اشار الى اعتبارها في آخر كلامه ﴿ قوله ﴾ ﴿ او الوزن مع ذكر الجنس ﴾ كما في المبسوط والتحرير والتذكرة وجامع المقاصد والمسالك لكنه خير فيما عدا المبسوط بين ذلك و بين المشاهدة وخير في الشرائع والارشاد والروض ومجمع البرهان بين المشاهدة والتقدير بالكيل والوزن من دون تعرض للجنس والظاهر انه لا بد منه للاختلاف الفاحش باختلافه فان القطن يضر من جهة انتفاخه ودخول الريح فيه فيزداد ثقله في الهواء والحديد يجتمع على موضع من الحيوان فربما عقره وتحميل بعض الاجناس اصعب من بعض وكذا تجب زيادة الحفظ في البعض كالزجاج و لوجه في البطلان مع الاخلال بالمقدار واضح لانه أن قال تحمل عليها من الحنطة ما شئت ر بما دخل فيه ما يقتلها والعادة في ذلك تزيد وتنقص كما يأتي بيانه وأن قال ما تطيق فلا ضابطة له أيضا فتامل وهذا اذا لم يكن المحمول حاضراً ولعل الاقتصار هنا على الوزن لما تقدم في محله من انه الاصل أو انه اخصر كما في التذكرة وذكر الوزن مع الجنس هو المعبر عنه بالوصف بالقدر والجنس لكنه وقع في التذكرة انه ان لم يكن حاضراً فلا بد من تقديره بالكيل أو الوزن الى أن قال ولا بد من وصفه فيشترط معرفة القدر والجنس فليلحظ ﴿ قوله ﴾ ﴿ وذكر المكان المحمول اليه والطريق ﴾ اما انه لا بد من ذكر المكان المحمول اليه فلما في عدمه من الغرر والضرر واما الطريق فانما يجب ذكره عند تعدده واختلافه لما في عدم ذكره حينئذ من الغرر ايضا أن كانت الاغراض تختلف باختلافه ولو كانت العادة جارية مستمرة بسلوك طريق معروف مألوف فان الاطلاق ينصرف اليه ﴿ قوله ﴾ ﴿ ولو استأجره الى مكة فليس له الالزام بعرفة ومنى بخلاف ما اذا استأجره للحج ﴾ قال في التذكرة لو استأجر دابة ليركبها الى مكة لم يكن له الحج عليها بل اذا وصل الى عمران مكة نزل وقال بعض الشافعية أن له الحج عليها لانه عبارة عن الاستئجار للحج ولو استأجره للحج ركبها من مكة الى منى ثم الى عرفات ثم الى المزدلفة ثم الى منى ثم الى مكة للطواف لان ذلك من تمام الحج وهل يركبها من مكة عائداً الى منى للرمي الوجه أن له ذلك لانه من تمام الحج وتوابعه وهو الذي استظهره في جامع المقاصد (قلت) وعلى تقدير تسليم ما قاله بعض الشافعية من انه عبارة عن الحج وانه يريد بذلك الحج نقول انا نعمل بصريح اللفظ واللفظ قد دل على انه استأجره الى مكة التي هي اول افعال الحج والارادة لا تدفع صريح اللفظ ولا سيما اذا لم تنافه (١)

---

(١) وصاحك تقول ان مكة صارت عبارة عن الحج مجازا والقرينة حالية لانا نقول ان الناس يختلفون في الخروج من مكة الى عرفة فبعضهم يركب البعير و بعض غيره (منه قدس سره)

ولو شرط ان يحمل ما شاء بطل ولو شرط حمل مائة رطل من الحنطة فالظرف غيره فان كان معروفا والا وجب تعيينه ولو قال مائة رطل دخل الظرف فيه (متن)

﴿ قوله ﴾ ﴿ ولو شرط أن يحمل ما شاء بطل ﴾ كما في التذكرة والتحرير وجامع المقاصد للغرر وقال في الاخير لا يقال أن ذلك ينزل على العادة بحسب حال الدابة لان العادة في ذلك تزيد وتنقص وقال بعض الشافعية يصح ويكون قد رضي بأسوأ الاحوال واضر الاجناس (وفيه) انه لو صح هنا لصح في كل موضع فيه غرر تنزيلا على اضر الاحوال والاجناس وكذلك الحال اذا اجرها له ليحمل عليها طاقتها كما تقدم ولا يخفى أن هذا ليس كقوله اجرتك الارض لتزرع ما تشاء لان الدابة لا تطيق كل ما تحمل والحيوان حرمة ليست للارض والضابط في الغرر المنفي في الشريعة ما كان على ثلاثة وجوه لا يخلو عنها وقد تجتمع (احدها) ما يفضي الى التنازع (والثاني) ما كان على غير عهدة ولا ثقة (والثالث) ما خالف ظاهره باطنه المجهول قالا ولان موجودان في تحميل الدابة ما تشاء ولا كذلك الارض فليتأمل ﴿ قوله ﴾ ﴿ ولو شرط حمل مائة رطل من الحنطة فالظرف غيره فان كان معروفا والا وجب تعيينه ﴾ كما صرح بذلك في التذكرة والتحرير وجامع المقاصد قال في الاول لو قال اجرتكها لتحمل مائة رطل من الحنطة فلا بد من معرفتها اى الظروف بالرؤية او بالوصف الا ان تكون هناك غرائر متماثلة معروفة اطرد العرف باستعمالها وجرت العادة عليها كغرائر الصوف والشعر حمل مطلق العقد عليها ولم يجب ذكر الجنس لقلة التفاوت بينها جدا ونحوه ما في التحرير وجامع المقاصد وهذا هو الذي اراده المصنف بقوله معروفا اذ مراده انه اذا كان معروفا مطرداً في العرف صح ولا يحتاج الى تعيينه والا وجب تعيينه بالرؤية أو الوصف وقد يقال انه لا يجب تعيينه على كل حال لان الاختلاف بين الحنطة وظرفها كائنا ما كان يسير جداً وانما يجب بيان الجنس اذا اشتد الاختلاف وتفاحش كالحنطة والحديد والابريسم والقطن الا ترى انه لو كان عنده من من ماش ومنٌ من ارز وخلطهما فانه يصح ان يستأجره على منوين من أحدهما من دون بيان كل على حده ويأتي في التذكرة مايشهد لذلك كما ستسمع ﴿ قوله ﴾ ﴿ ولو قال مائة رطل دخل الظرف فيه ﴾ كما في التذكرة والتحرير وجامع المقاصد وقال في الاول انه أصح وجهي الشافعية والوجه الثاني لهم ان الظرف مغاير لها لانه السابق الى الفهم وقال ان هذا يتفرع على الاكتفاء بالتقدير واهمال الجنس اما مطلقا او اذا قال مائة مما شئت وقد وافقه على ان ذلك انما يتفرع على ذلك صاحب جامع المقاصد لكنه لم يرتض اهمال الجنس في الكتاب والتحرير وقد ذكر هذا الفرع فيهما غير مبين لذلك فالذي اراه انه لا حاجة بنا الى بناء ذلك على ذلك لان الذي يجب فيه ذكر الجنس هو ما كان الاختلاف فيه شديداً كما تقدم آنفا وليس النظر هنا الى جنس الرطل وانما البحث والنظر الى جنس الظرف بالنسبة الى المظروف والاختلاف بينهما يسير جدا من أي جنس كانا كما نبهنا عليه آنفا والمفروض في المثال ان المظروف مفروغ منه لامر من الامور منها ان يقول من اجناس لا تختلف او يكون هناك قرينة حال تدل على ذلك غاية الامر انه لم يبينه ولم يميزه حتى لا يكون الظرف خارجا عنه ولما لم يبين المائة والحال ان الظرف من لوازمها دخل فيها ويرشد الى ذلك انه قال في التذكرة ان الظروف ان دخلت في الوزن لم يحتج الى ذكرها كأن يقول استأجرتك لحمل مائة من الحنطة بظروفها ويصح العقد لزوال الغرر بذكر الوزن انتهى وقضية

ولو استأجر للحرث وجب تعيين الارض بالمشاهدة أو الوصف وتقدير العمل بتعيينها أو بالمدة وتعيين البقران قدر العمل بالمدة (متن)

اعتبار ذكر الجنس مع ذكر الوزن انه لابد من معرفة قدر الحنطة وحدها وقدر الظرف وحده كما قاله بعض الشافعية فليتأمل ﴿ قوله ﴾ ﴿ وان استأجره للحرث وجب تعيين الارض بالمشاهدة أو الوصف وتقدير العمل بتعيينها أو بالمدة ويعين البقران قدر العمل بالمدة ﴾ قال في المبسوط فاما ان كان للحرث فلا بد من مشاهدة الثور أو يذكر ثوراً قويا من حاله وقصته وان يذكر الارض لأنها تكون صلبه وتكون رخوه ولا بد من ذكر المدة وقضيته انه لابد من ذكر المدة سواء قدر العمل بتعيين الارض أو بالمدة وانه لابد من ذكر الارض ومشاهدة الثور أو وصفه (وفيه) انه اذا قدر العمل بتعيين الارض لاحاجة الى المدة فحرره في الشرائع فقال ان كان لحرث جريب معلوم فلا بد من مشاهدة الارض أو وصفها وان كان لعمل مدة كفى تقدير المدة ومراده انه اما ان يقدره بالعمل أو المدة فان قدره بالعمل فلا بد من معرفة الارض بالمشاهدة أو الوصف ولو قدره بالمدة لم يعتبر معرفة الارض فقد خالف المبسوط في الامور الثلاثة التي قال في المبسوط انه لابد منها وحرر المصنف كلام المبسوط في كتبه الثلاثة الكتاب والتذكرة والتحرير بتحرير آخر وافقه عليه صاحب جامع المقاصد وصاحب المسالك وهو انه يجب ويشترط ان يعرف صاحب الثور اذا أجره للحرث الارض على كل حال وان يعرف تقدير العمل وتقديره اما بتعيين الارض كهذه القطعة أوهذا البستان ولا يحتاج الى تعيين الثور ونحوه الا ان تكون الاجارة واردة على عين وأما بالمدة لكنه لابد في هذا التقدير من تعيين الثور مثلا سواء كانت الاجارة في ذلك واردة على عين أو في الذمة فصار الحاصل انه لابد في التقدير بالمدة من تعيين الارض والثور ولا بد في التقدير بالعمل من تعيين الارض فقط وقد مثل في التذكرة للتقدير بالمدة بما اذا قال استأجرتك لتكرب لي هذه الارض بالبقر الفلاني يوما أو شهراً وهو يوافق مافهمناه من كتبه والذي يوافق ماتقدم له ولغيره ان يمثل بما اذا قال له استأجرتك لتكرب لي شهراً أو يوما لانه مع التعيين بالمدة لاينبغي ذكر الارض الا على التطبيق أو الظرفية وهما غير مرادين بل لايحتاج الى ذكر شيء آخر كما سمعته هنا عن الشرائع كما تقدم فيما اذا استأجره ليبني له شهراً أو يحفر له يوما وان اشترط المصنف والمحقق الثاني في بعض المقدر بالمدة في بعض المسائل معرفة بعض الاشياء ويأتي بعد هذه مافي جامع المقاصد في مااذا استأجر للطحن نسبة ماادعياه في الطحن الى ظاهر الاصحاب (وفي الارشاد وشروحه) انه يجب ان يشاهد الارض التي يريد حرثها وهو يعطي انه لابد من معرفة الارض سواء قدر العمل بالمدة أو بالارض وهو يوافق ماهنا ولا تعرض في الارشاد كالشرائع لوجوب تعيين الدابة اذا عين بالمدة وفي (التذكرة والتحرير وجامع المقاصد) ان كل موضع وقع العقد فيه على مدة فلا بد من تعيين الظهر الذي يعمل عليه لان الغرض يختلف باختلاف الدابة في القوة والضعف وان وقع على عمل معين لم يحتج الى معرفتها لانه لايختلف مع احتمال الحاجة انتهى وأنت اذا لحظت مسائل الكتاب السابقة واللاحقة وجدته يلحظ هذه الضابطة ثم يشتبه قوله في الكتاب فيما تقدم ولو اختلف العمل باختلاف الاعيان فالاقرب انه كالمعينة مثل النسخ لاختلاف الاغراض باختلاف الاعيان (وكيف كان) فقضية كلام المبسوط وصريح الكتاب هنا والتحرير وجامع المقاصد والمسالك انه يكتفى في تعيين الارض بالوصف وصرح

وان استأجر للطحن وجب تعيين الحجر بالمشاهدة أو الوصف وتقدير العمل بالزمان أو بالطعام ولا بد من مشاهدة الدولاب ان استؤجر له ومعرفة الدلاء وتقدير العمل بالزمان أو بملء البركة مثلا (متن)

التذكرة وظاهر الارشاد والكتاب فيما تقدم في الاستئجار لحفر البئر انه لا بد من المشاهدة وانه لا يكفي الوصف وقد أطال في التذكرة في بيانه في المقام وقد استوفينا الكلام في ذلك في الكلام على الاستئجار لحفر البئر وذكرنا هناك ما ذكروه هنا وقد قرب في التذكرة عدم الافتقار الى مشاهدة السكة وانه يكتفى فيها بالعادة وقال وكذا في قدر نزولها في الارض يرجع فيه الى العادة وقد وافقه على الامرين صاحب جامع المقاصد وصاحب المسالك ﴿ قوله ﴾ ﴿ وان استأجر للطحن وجب معرفة الحجر بالمشاهدة أو الوصف وتقدير العمل بالزمان أو الطعام ﴾ كما صرح بذلك كله في التذكرة والتحرير وجامع المقاصد وتفصيله أنه يجب في استئجار الدابة لادارة الرحا معرفة شيئين الحجر وتقدير العمل اما الحجر فيعرف اما بالمشاهدة أو بالصفة ان أمكن الضبط بها لان الحجر يتفاوت الحال بثقله وخفته تفاوتا كثيرا والطحن يختلف فيه فلا بد لصاحب الدابة من معرفته واما تقدير العمل فانه يكون بالزمان كأن يقول على ان تطحن يوما أو يومين وفي (جامع المقاصد) ان ظاهرهم ان التعيين بالزمان كاف عن ذكر جنس المطحون لانتفاء الغرر بذلك (قلت) قضية التعيين به ان لا يحتاج الى غيره حتى الدابة كما في غيره كما تقدم غير مرة لكنه قال في التذكرة ووافقه صاحب جامع المقاصد انه لا بد من معرفة الدابة ان قدر العمل بالزمان ولعله لاختلاف الدواب في ذلك قوة وسرعة وظاهر الكتاب والتحرير انه لا حاجة الى ذلك ويكون تقدير العمل بالطعام كأن يقول على ان تطحن قفيزاً أو قفيزين وفي (التذكرة والتحرير وجامع المقاصد) انه يجب ان يذكر أيضاً جنس المطحون من حنطة أو شعير أو دخن أو عفص أو قشور رمان وغير ذلك لان هذه الاشياء تختلف بالطحن في السرعة والبطوء والسهولة والصعوبة ولما كان الباب معقودا لاستئجار الدواب لم يتعرض للاستئجار للطحن على رحى الماء وحكمه انه يقدر بالزمان أو بالعمل فيجب في الاخير ان يذكر الجنس ﴿ قوله ﴾ ﴿ ولا بد من مشاهدة الدولاب ان استؤجر له ومعرفة الدلاء وتقدير العمل بالزمان أو بملء البركة ﴾ كما صرح بذلك كله في التذكرة وجامع المقاصد والتحرير غير انه لم يذكر في الاخير معرفة الدلو وزيد في الاولين معرفة موضع البئر وعمقها بالمشاهدة او الوصف بل نفى عنه الريب في الثاني أن قدر العمل بنحو ملاء البركة واقتصر في المبسوط والشرائع والارشاد والكفاية على انه لا بد من مشاهدة مؤجر الدابة الدولاب وزاد في الاول انه لا بد من ذكر المدة (وكيف كان) فالمراد انه يجوز استئجار الدواب لادارة الدولاب والاستقاء من البئر بالدلو فان كانت الاجارة على عين الدابة وجب تعيينها كما هو الشان في نظائره من الاستئجار للركوب والحمل وأن كانت في الذمة لم يجب بيان الدابة ومعرفة جنسها وعلى التقديرين يجب على صاحب الدابة معرفة الدولاب والدلو ويجب عليه عنده في التذكرة معرفة موضع البئر وعمقها ويجب تقدير المنفعة اما بالزمان كيوم او بالعمل كأن يقول لتستقي خمسين دلوا من هذا البئر بهذا الدلو او لتدور بهذا الثور خمسين دورة أو لتملاء هذه البركة لكنه يحتاج حينئذ الى معرفة البركة وعمقها وفي (جامع المقاصد) انه لا ريب فيه وقضية العبارة والتحرير انه لا يكفي وصف الدولاب وهو خلاف صريح التذكرة وجامع المقاصد والملاء بالكسر اسم ما يأخذه الاناء اذا

لا بسقي البستان لاختلاف العمل بقرب عهده بالماء وعطشه ولو كان لسقي الماشية فالاقرب الجواز لقرب التفاوت ولو استأجر للاستسقاء عليها وجب معرفة الآلة كالراوية أو القربة بالمشاهدة أو الصفة وتقدير العمل بالزمان أو عدد المرات أو ملاء معين ويجوز استئجار الدابة بآلاتها وبدونها ومع المالك وبدونه ﴿الثالث الارض﴾ ويجب وصفها أو مشاهدتها وتعيين المنفعة للزرع أو الغرس أو البناء (متن)

امتلاء ويجوز فتحه على انه مصدر ﴿قوله﴾ (لا بسقي البستان لاختلاف العمل بقرب عهده بالماء وعطشه) أي يقدر العمل او المنفعة (والمنفعة خ ل) بملاء البركة لا بسقي البستان لانه لا ينضبط ريه على وجه لا غرر فيه كما هو خيرة التحرير وجامع المقاصد والمسالك (وقال في التذكرة) فيه اشكال ينشأ من أن سقيه يختلف بحرارة الهواء وبرودته وكيفية حال الارض ومن قلة التفاوت فيه ولعله الاقوى لان الحال في الامرين يظهر في البين وأن الاجارة تحمل من الغرر ما لا يحمله غيرها مع ان الحاجة قد تمس الى ذلك فتأمل ﴿قوله﴾ (ولو كان بسقي الماشية فالاقرب الجواز بقرب التفاوت) كما هو خيرة الايضاح قلت ولاسيما اذا ذكر نوع الحيوان وفي (جامع المقاصد) لا ريب أن التقدير بغير ذلك اولى ولعله للتفاوت بحرارة الهواء وبرودته وقربها من الماء وعدمه خصوصاً في الحيوان العظيم وخصوصاً اذا كثر عدده ولم يذكره في التذكرة ﴿قوله﴾ (ولو استأجر للاستقاء عليها وجب معرفة الآلة كالراوية والقربة بالمشاهدة اوالصفة وتقدير العمل بالزمان او عدد المرات او ملأ معين) كما ذكر ذلك كله في التذكرة وجامع المقاصد وكذا التحرير وزاد في التذكرة وجامع المقاصد انه لابد من مشاهدة الدابة لتفاوتها في القوة اوالضعف وهو الذي ذكره في المبسوط لا غير قال فانه يذكر انه بغل اودابة او حمار وفي (التذكرة والتحرير وجامع المقاصد) أنه ان وصف القربه والراويه وجب معرفة الوزن ولا يجب ذلك مع المشاهدة فليتامل فيه وحاصل ما ذكروه أنه يجب تقدير العمل بثلاثة امور (الاول) الزمان كيوم او بعضه (الثاني) عدد المرات فيحتاج حينئذ الى معرفة الموضع الذي يستقي منه والذي يذهب اليه والطريق المسلوك لاختلاف الكثير في ذلك نص على ذلك في التذكرة وجامع المقاصد (الثالث) ملأ شيء فيجب معرفته وتعيينه وفي التذكرة وجامع المقاصد أنه يجب حينئذ معرفة ما يستقي منه ﴿قوله﴾ (ويجوز استئجار الدابة بآلاتها وبدونها مع المالك وبدونه) كما في التذكرة والتحرير وجامع المقاصد في المسائل المتقدمه لانه لامانع من ذلك بعد البيان * ﴿فرع﴾ * ذكر في التذكرة وجامع المقاصد انه لو استأجر الدابة لبل تراب معروف جاز لانه معلوم في العرف ﴿قوله﴾ (الثالث الارض) لا خلاف الا ممن شذ في صحة استئجار الارض كما في التذكرة ﴿قوله﴾ (ويجب وصفها او مشاهدتها) ظاهرهم الاتفاق على انه لا بد من معرفة الارض والاتفاق على الاكتفاء بالمشاهدة كما يعرف ذلك من المقام وغيره كالاستئجار لحفر البئر وحرث الارض نعم وقع للمحقق الثاني والشهيد الثاني في بعض المواضع ان الوصف للارض اقرب في الكشف وهو لا ينافي في الاكتفاء المذكور ولختلفوا في الاكتفاء بالوصف وقد نص في التذكرة في غير المقام على عدم الاكتفاء به وقال هنا لا بد من معرفتها اما بالمشاهدة او بالوصف الرافع للجهالة ان امكن والا تعينت الرؤية لان المنفعة تختلف باختلافها ﴿قوله﴾ (وتعيين المنفعة للزرع او الغرس او البناء) كما في التحرير وجامع المقاصد حيث قال في الاول وجب تعيين احدها وفي الاخير اما اذا لم يعين

فان أجرها لينتفع بها بما شاء فالاقرب الجواز ويتخير المستأجر في الثلاثة ولو قال للزرع أو الغرس بطل لانه لم يعين احدهما ولو استأجر لهما صح واقتضى التنصيف ويحتمل التخيير (متن)

فانه لا يجوز قطعا ولعله اراد فيما اذا اجره لاحدها مبهما كما يأتي والافقد نقل في التذكرة عن الشافعيه قولين فيما اذا اجرها واطلق بان لم يقل للزراعة ولا غيرها ومال الى الصحة او قال بها ولعله استند الى اطلاقات اخبار اجارة الارض على كثرتها جدا وليس فيها اشارة الى ذلك والى ان الشان في ذلك كالشان فيما لو استأجر دارا او بيتا فانه لم يحتج الى ذكر السكني لانهما لا يستأجران الا للسكنى ووضع المتاع فيهما وربما استأجرت لخلاف ذلك كما لو استأجرت لتتخذ مسجدا ولعمل الحدادين والقصارين ولطرح الزبل فاذا استأجر للسكنى لم يكن له شيء من هذه الانتفاعات فالذى جعلوه مبطلا في اجارة الارض مطلقا موجود في الدار فينصرف الى الزرع (لا يقال) انه اذا اجر الدار واطلق نزل على ادنى الجهات ضررا وهي السكنى ووضع المتاع (لانا نقول) فليكن في اجارة الارض مثله حتى تنزل على ادنى الجهات ضررا وهي الزراعه ويصح العقد لها اي الزراعه فليتامل فى ذلك كله ﴿ قوله ﴾ (فان اجرها لينتفع بها بما شاء فالاقرب الجواز) كما في التذكرة والتحرير والايضاح ومزارعة المسالك والكفاية وفي (جامع المقاصد) انه قريب والاصل فيه الاصل المستفاد من اطلاق النصوص كما عرفت آنفا وانه نص او كالنص على عموم المنافع لان في ذلك تعميما في الافراد وقدوما على الرضا بالاضرار وانه كما لو اطلق له المزارعة وقد حكى الاجماع والشهرة على الصحة في المزارعة وقد حكي فى الايضاح وجامع المقاصد فيما نحن فيه القول بوجوب التعيين او النص على التعميم حذرا من الغرر (وقال في جامع المقاصد) في الفرق بين هذه وبين ما اذا استأجر الدابة ليحمل ما شاء نظر انتهى ولعلهما اشارا بقولهما وقيل بوجوب التعيين الى المصنف في مزارعة التذكرة فانه قال فيما اذا استاجرها واطلق يحتمل قويا وجوب التعيين لتفاوت ضرر الارض باختلاف جنس المزروعات ولم نجده لغيره ولا نسب الا اليه فيها واما القول بوجوب النص على التعميم فلم نجد به مصرحا وان كان مستفادا من كلماتهم واما قوله في جامع المقاصد وفي الفرق الى آخره (ففيه) انه قد فرق هو فيما سبق وقد فرق ايضا في التذكرة بان في اجارة الدابة لاكثر الراكب وليحمل ما شاء اضرارا بها وهو غير جائز لان للحيوان حرمة في نفسه فلم يجز الاطلاق فيه بخلاف الارض وقد تحرر فيما تقدم على ان المدار على الغرر بمعانيه الثلاثة فتدبر ﴿ قوله ﴾ (ويتخير المستاجر في الثلاثة) اي الامور الثلاثه الزرع والغرس والبناء لمكان الاطلاق واحتمال التنزيل على اقل الدرجات ضعيف كاحتمال البطلان كما عرفت ﴿ قوله ﴾ (ولو قال للزرع او الغرس بطل لانه لم يعين احدهما) كما في التذكرة والتحرير وجامع المقاصد اذا قصد التفصيل لا التخيير وهو معنى قوله لانه لم يعين أحدهما وبعبارة أخرى اذا أجره لاحدهما مبهما لا ما اذا أجره لينتفع بهما بما شاء منهما لان الاجارة حينئذ للقدر المشترك بينهما ﴿قوله﴾ (ولو استاجرها لهما صح واقتضى التنصيف) هذا هو الاقوى كما فى الايضاح وجامع المقاصد والتحرير على اشكال في الاخير لان الاجارة للامرين لا لاحدهما كما هو الظاهر المتبادر من اللفظ فلا بد من التشريك لان مقتضى كون الاجارة لهما ان يكون المطلوب بالاجارة كل واحد فمنذ الجمع يجب التنصيف وله ان يزرع الجميع ولا يجوز غرس الجميع لجواز العدول من الغرس الى الزرع دون العكس ﴿قوله﴾ (ويحتمل التخيير) كما هو خيرة

ولو أجرها لزرع ماشاء صح ولو عين اقتصر عليه وعلى ما يساويه أو يقصر عنه في الضرر على اشكال (متن)

التذكرة لان استيفاء المنفعتين معا من جميع الارض غير ممكن فيكون ذلك موكولا الى اختياره فكأنه قال لتنفع بها ماشئت من الجنسين كما لو قال لتزرعها ما شئت وقد صح فليصح هذا اذ ليس اختلاف الجنسين الا كاختلاف النوعين فله ان يغرسها كلها وان يزرعها جميعها وان يزرع بعضا و يغرس بعضا واختير البطلان في الخلاف والمبسوط والغنيه وفي (التحرير) انه قوي لانه لم يبين مقدار المغروس والمزروع لمكان الجهالة والغرر والضرر فكان كما لو قال بعتك احد هذين العبدين بالف والآخر بخمس مائة وعليه اكثر الشافعية وقد يقال انه يرد مثله فيما لو قال معها شئت ﴿ قوله ﴾ ﴿ ولو اجرها لزرع ماشاء صح ﴾ كما في المبسوط والتذكرة والتحرير فله زرع ما هو ابلغ ضررا وادناه وما بينهما وقد تقدم لنا انه يصح استئجارها لينتفع بها بما شاء فهذا اولى (وهناك تقول) انه كما وجب تعيين الراكب وجب تعيين المزروع فلا يصح الاطلاق او تقول انه لو استأجر دار السكنى مطلقا لم يجز له ان يسكنها من يضر بها كالحداد والقصار فلا يجوز ان يزرعها هنا ما هو اضر وان اطلق (لانا نجيب) عن (الاول) بانه لا يجوز اجارة الدابة لاكثر الركاب ضرراً لان الحيوان حرمة في نفسه فلا يجوز اطلاق ذلك فيه ولما في ذلك من الغرر كما تقدم ولا كذلك الارض فلا يصح ان يؤجره الدابة لتركب بالبناء المجهول ولا يركب عليها من يشاء والاطلاقان في الارض صحيحان كما ستعرف وعن (الثاني) بان السكنى لا تقتضي ضرراً أو ضراراً يسيراً جداً فمنعوه من اسكان من يضر بها لان العقد لا يقتضيه ولا يتناوله ثم لو قال لتسكن فيها من تشاء كما هو المفروض فيما نحن فيه قلنا بالجواز لعدم الغرر والضرر ولا كذلك الزرع فانه يقتضي الضرر قطعاً فاذا اطلق كان راضيا باكثره والمراد بالاطلاق في كلامنا هو ما اذا قال لتزرعها فتساوى الارض والدار اذا قال لتسكنها من تشاء وتختلفان فيما اذا قال لتسكنها ولتزرعها فيصح الثاني دون الاول ﴿ قوله ﴾ ﴿ ولو عين اقتصر عليه وعلى ما يساويه أو يقصر عنه في الضرر على اشكال ﴾ الاشكال في العدول عن المعين الى المساوي والاقل ضررا وقد قال في التذكرة ان القول بان له أن يزرع ماعينه وما ضرره كضرره اوادون ولا يتعين ماعينه قول عامة أهل العلم الا داود وباقي الظاهرية فانهم قالوا لا يجوز له زرع غير ماعينه حتى لو وصف الحنطة بانها حمراء لم يجز ان يزرع البيضاء ونسبه في الخلاف أيضا الى ابي حنيفة والشافعي وعامة الفقهاء وفي المبسوط الى جميع المخالفين وفي (جامع المقاصد) أن جواز العدول هو المشهور بين عامة الفقهاء وقال ايضا انه المشهور (قلت) وقد نص عليه الشيخ في المبسوط في أول كلامه والمصنف في التذكرة والتحرير ولا ثالث لهما فيما أجد بل ظاهر المبسوط أو صريحه أن ماذكره اولا انما هو للمخالفين فانحصر الخلاف في التذكرة والتحرير لكنه في التذكرة بعد ان جزم بالاول حكى عن الشيخ العدم ونفى عنه البأس فانحصر الخلاف في التحرير و بعدم جواز التعدي في الاجارة صرح جماعة في باب المزارعة والاصحاب مطبقون من المقنعة الى الرياض في باب المزارعة على انه لو عين له الزرع لا يجوز له التعدي الى الاقل ضررا او المساوي وقد اعترض في جامع المقاصد على ما احتج به في التذكرة للقول بالعدول فيما نحن فيه وهو ان المعقود عليه منفعة الارض ولهذا يستقر العوض بمضي المدة اذا سلم الارض فلم يزرعها وانذكر المعين انما كان لتقدير المنفعة فلم يتعين كما لو استأجر دارا ليسكنها كان له ان

ولو شرط الاقتصار على المعين لم يجز التخطي الى الاقل (متن)

يسكنها غيره وان المركوب والدراهم في الثمن معقود عليهما فتعينا والذي اقتضاه العقد ها هو تعيين المنفعة المقدرة بذلك المعين وقد تعينت دون ماقدرت به كما لايتعين المكيال والميزان في المكيل والموزون وقال في (جامع المقاصد) قوله المعقود عليه منفعة الارض ان اراد على وجه مخصوص فحق وان أراد مطلقا فغير واضح واستقرار الاجرة بمضي المدة ليس لكون المعقود عليه المنفعة مطلقا بل لكون المعقود عليه قد تمكن من استيفائه ببذل المعين له وتسليمه اياها فكان قابضا لحقه ولان المنفعة قد تلفت تحت يده فكانت محسوبة عليه انتهى وقوله ان ذكر المعين انما كان لتقدير المنفعة ليس بشيء وكيف يكون كذلك والغرض قد يتعلق بزرع المعين ومثل ذلك آت في الاستئجار للسكنى فيكون الاصل ممنوعا وقوله ان المعقود عليه المنفعة المقدرة بذلك المعين فهو كالمكيال (مردود) لان الاغراض تختلف في ذلك اختلافا بينا فلايجوز الخروج عن مقتضى العقد واما المكيال والميزان فان اللفظ وان اقتضى تعيينهما الا أنه لما قطع بعدم تعلق الغرض بهما وعدم التفاوت في التقدير بهما او بغيرهما بوجه من الوجوه التي لها دخل في مقصود الاجارة ويتفاوت به مقاصد العقلاء حكمنا بخلاف ظاهر اللفظ والغينا ذكر التقدير بهما حتى لو فرض وجود غرض صحيح في تعيينهما حكمنا بلزوم ذلك كما لو قطع بسلامة ميزان مخصوص من العيب دون غيره فان تعيينه يقتضي تعيينه ومعلوم ان الاغراض تتفاوت بتفاوت المزروعات وليس هذا بادون من تعيين الاثمان انتهى ولقد اطال في غير ماطائل اذ قد يقال انه يرد جميع ماذكر شيء واحد وهو ان الغالب المعروف المألوف أن الغرض المقصود في الاجارة للمالك تحصيل الاجرة خاصة وهي حاصلة على التقادير الثلاثة (فكلام) أهل العلم مبني على الغالب المعروف وهو الذي اراده المصنف بما ذكره من الادلة وان قصرت عبارته في الايضاح عنه لان كان أمرا واضحا مفروغا منه فتأمل جيدا (نعم كلامه) يتم في المزارع المالك اذا عين اذ ربما كان غرضه في الاكثر ضررا لا في الاقل من حيث نفعه اوالحاجة اليه وان حصل للارض ضرر ولا يتعلق غرضه بالاخف وان انتقصت الارض ولا كذلك المؤجر في الغالب ثم ان قضية كلامه في جامع المقاصد انه لو اجرها للغرس فليس له الزرع مع انه سيجوزه فيما يأتي ويرشد الى ذلك ما حكاه في المبسوط من أنه لو قال لتزرعها طعاما وما يقوم مقامه فهو تأكيد كما لو قال بعتك هذا على أن اسلمه لك لكن يوهن ذلك اطباق عليه و في خلافهم مع ندرة القائل به منا ومن الغريب عدم التعرض لذلك في الايضاح والمخالف الشيخ في الخلاف والمبسوط في آخر كلامه قال انه هو الذي يقوى في نفسه وابن ادريس في السرائر وهو الذي استظهره المحقق الثاني وقال انه اوضح دليلا واقوى حجة واستدل عليه بان المنافع انما تنتقل على حسب مقتضى العقد والفرض انه لم يقع الا على الوجه المعين فلا يجوز تجاوزه (وعساك تقول) أن قضية ذلك أنه اذا استأجر الدابة ليركبها انه لايجوز ان يركب من هو مثله من مستوي الخلقة لانهم يشترطون تعيين الراكب بالمشاهدة أو الوصف ولا أن يسكن من هو مثله اذا استأجر الدار ليسكنها مع انهم لايختلفون في جواز ذلك (والجواب) ان المتعارف في الراكب والساكن انه يستأجر لنفسه ولمن هو مثله وعليه حملنا صحيحة علي بن جعفر في من استأجر دابة ثم آجرها وليس المتعارف في من استأجر الارض ليزرعها حنطة انه يزرعها حنطة وما كان مثلها كما تقدم بيانه في أوائل الباب هذا ويستفاد من العبارة انه لو أراد زرع الاضر لم يجز وبه صرح في المبسوط وغيره وفي جامع المقاصد الاجماع عليه ﴿ قوله ﴾ (ولو شرط الاقتصار على معين لم يجز

وكذا التفصيل لو أجرها للغراس فله الزرع وليس له البناء وكذا لو استأجر للبناء لم يكن له الغرس ولا الزرع واذا استأجر للزرع ولها ماء دائم أو يعلم وجوده عادة وقت الحاجة صح وان كان نادراً وان استأجرها بعد وجوده صح للعلم بالانتفاع والا فلا ولو أجرها على ان لا ماء لها أو كان المستأجر عالما بحالها صح وكان له الانتفاع بالنزول فيها أو وضع رحله وجمع حطبه وزرعها وجاء الماء وليس له البناء ولا الغرس (متن)

له التخطي الى الاقل ﴾ كما في المبسوط والتذكرة والتحرير وجامع المقاصد عملا بمقتضى الشرط وظاهر الاخير وكذا التذكرة الاجماع على ذلك وليس في المبسوط والتحرير لفظ (قوله خل) الى الاقل لكنه مراد جزما بل كلام المبسوط يدل عليه بالاولوية كما يعرف مما تقدم ﴿ قوله ﴾ ﴿ وكذا التفصيل لو أجرها للغراس فله الزرع وليس له البناء وكذا لو استأجر للبناء لم يكن له الغرس ولا الزرع ﴾ أي وكذا التفصيل في جواز التخطي الى الاقل ضرراً والمساوي دون الاضر لو استأجر الارض للغراس فله الزرع لانه أقل ضرراً من الغرس وقد نص على ذلك في التحرير والتذكرة في اثناء كلام له وليس له البناء بلا خلاف كما في المبسوط وأما انه اذا استأجرها للبناء فليس له الغرس ولا الزرع فقد وجهه في جامع المقاصد دفعا لتناقض الواضح في العبارة ولعله لم يرتفع بذلك بان ضرر البناء أشد من الغرس من وجه فان البناء أدوم في الارض وأكثر استيعابا لوجهها والغرس أضر لانتشار عروقه واستيعابه قوة الارض ونحوه الزرع فلا يجوز له العدول عن البناء الى الغرس والزرع وظاهره اختياره وهو كما ترى اذ لا ريب أنهما أقل ضرراً من البناء وقد صرح في التحرير بأنه يجوز العدول عن البناء الى الغرس فبالاولى أن يجوز الى الزرع ﴿ قوله ﴾ ﴿ واذا استأجر للزرع ولها ماء دائم أو يعلم وجوده وقت الحاجة صح ولو كان نادرا فان كان بعد وجوده صح للعلم بالانتفاع والا فلا ﴾ كما نص على ذلك كله في المبسوط والتحرير والتذكرة وجامع المقاصد وفي الاخيرين الاجماع على جواز اجارة الارض ذات الماء الدائم من نهر أو عين أو بئر ووجهه ظاهر كالوجه في الاحكام الثلاثة الاخر والمراد بالعلم الظن الجاري مجرى العلم عادة وحاصله العمل على الظاهر ﴿ قوله ﴾ ﴿ ولو أجرها على أن لا ماء لها أو كان المستأجر عالما بحالها صح وكان له الانتفاع بالنزول فيها أو وضع رحله وجمع حطبه وزرعها وجاء الماء وليس له البناء والغرس ﴾ قد صرح بالاولى وهي صحة الاجارة وجوازها اذا أجرها على أنها لا ماء لها في المبسوط والشرائع والتذكرة والتحرير وجامع المقاصد وفي الاخير نفى الريب عنه لان منفعة الارض غير منحصرة في الزرع وان كان المقصود الغالب استئجارها له لان اشتراط عدم الماء ينفي كون المقصود الاصلي من استئجارها هو الزرع فينتفع بها بنحو الامور المذكورة وهل له أن ينتفع فيها بالزرع كما هو صريح التذكرة والتحرير وجامع المقاصد لانه لم ينف ذلك في العقد وانما نفى كونه المقصود الاصلي ام لا كما هو ظاهر المبسوط في موضع وصريحه في آخر والمراد بقوله في العبارة ولو أجرها أن اجارته وعقده كان خالياً عن التعرض لذكر الزرع كما في الكتب الاربعة المتقدمة وان كان العبارة بملاحظة ماقبلها قد توهم ان الاجارة للزرع وهو لا يتم الا على القول بان المنفعة لا تتعين بالتعيين وقد صرح بصحة الاجارة في الثانية وهي ما اذا علم المتعاقدان أن لا ماء لها في التذكرة والتحرير وجامع المقاصد وقد يفهم ذلك من كلام المبسوط لان علمهما يقوم مقام التصريح بنفي الماء فحكمها كالاولى ولما كانت المنفعة المطلوبة المقصودة مختصة بالمستأجر غالبا اقتصر المصنف هنا

ولو استأجر مالا ينحسر عنه الماء غالبا للزرع بطل ولو كان ينحسر وقت الحاجة وكانت الارض معروفة او كان الماء صافيا يمكن مشاهدتها صح والا فلا (متن)

على كون المستأجر عالما بحالها كما اقتصر عليه في الشرائع فلا يقدح جهل المؤجر بالحال وقد بقي من صور حالات الارض التي يندر حصول الماء الكافي لها صورتان (الاولى) أن يستأجرها مصرحا بالمنافع المخصوصة كالنزول فيها ونحوه والحكم فيها كما في الاوليين وله الزرع على القول بان المنفعة لا تتعين بالتعيين ويتجاوز الى المساوي والاقل (والثانية) ان يستأجرها مطلقاً من غير تعيين للمنافع ولا اشتراط لعدم الماء مع كونه غير عالم بحالها وقد تقدم الكلام في ذلك كله عند شرح قوله أما لو لم يعين الزرع انصرف الى غيره وحاصله أنه اما أن يكون سوق الماء مرجوا أم لا والظاهر عدم الصحة في الثاني وفي صحتها في الاول وجهان وقرب في التذكرة الصحة واما انه ليس للمستأجر البناء والغرس فقد صرح به في الصورة الاولى في الكتب الاربعة وفي الثاني في جامع المقاصد وفاقاً للكتاب وهو قضية كلام الثلاثة الاخر كما هو ظاهر ووجهه في التذكرة بان تقدير المدة يقضي بظاهره التفريغ عند انقضائها والغرس والبناء للتأبيد بخلاف ما اذا استأجر للبناء والغرس فان التصريح بهما قد صرف اللفظ عن ظاهره ﴿ قوله ﴾ ﴿ ولو استأجر مالا ينحسر عنه الماء غالباً بطل ﴾ كما في المبسوط وغيره مع التقييد في المبسوط بكون الاستئجار للزراعة لان الغالب بمنزلة اليقين وقال في (جامع المقاصد) ينبغي أن يكون المراد من العبارة أنه استأجره للزراعة أو مطلقاً ولم يشترط كونه مغموراً بالماء ولاعلم المستأجر بالحال والا لم يتم الحكم بالبطلان (قلت) لا ريب في ارادة ذلك كما يأتي بيانه ﴿ قوله ﴾ ﴿ ولو كان ينحسر وقت الحاجة وكانت الارض معروفة أو كان الماء صافياً يمكن مشاهدتها صح والا فلا ﴾ قال في المبسوط وان كان الماء ينحسر عنها يقيناً أو في الغالب جاز ولاريب ان مراده ان الانحسار وقت الحاجة وان الارض كانت معروفة ولو بمشاهدتها وفي (التذكرة) وان كان يرجي زواله وقت الزراعة صح العقد وما في العبارة من التعبير بوقت الحاجة أولى ليشمل وقت الزراعة ان كان ذلك النوع لا يزرع في الماء ووقت ارادة الحصاد بعد الزرع بحيث لا يفسد الزرع به ان أمكن الزرع في الماء كالارز وقد حكم المصنف هنا بصحة الاجارة مع الشرطين وعدمها مع عدمهما وحكى في التذكرة عن بعض الشافعية صحة الاجارة وان لم تكن الارض معروفة ولم تحصل الرؤية لان الماء من مصالح الزراعة من حيث انه يقوي الارض ويقطع العروق المنتشرة فيها فاشبه استتار اللوز والجوز بقشرها ثم نفى عنه البأس والاصل في ذلك ان الشافعي نص على صحة العقد ان كان يرجى انحسار الماء عنها وقت الزراعة فاعترضوا عليه بوجهين (الاول) ان شرط الاجارة عنده التمكن من الانتفاع عقيب العقد (والثاني) ان رؤية الارض ليست حاصلة عند العقد لان الماء حينئذ ساتر لها وأجاب أصحابه عن الاول بوجهين (الاول) ان مراده ما اذا كان الاستئجار لزراعة ما يمكن زراعته في الماء كالارز (الثاني) ان الماء فيها من مصالح العمارة والزراعة فكان ابقاؤه فيها ضرباً من العمارة وأيضاً صرف الماء بفتح موضع ينصب اليه أو حفر نهر ممكن في الحال (وأجابوا) عن الثاني بانه قد رأى الارض قبل حصول الماء فيها أو كان الماء صافيا لا يمنع رؤية وجه الارض ومنهم من قطع بالصحة وان لم تحصل الرؤية لان الماء من مصلحة الزراعة من حيث انه يقوي الارض

ولو استأجر مالا ينحسر عنه الماء للزراعة لم يجز لعدم الانتفاع فان علم المستأجر ورضي جاز ان كانت الارض معلومة وكذا ان كان الماء قليلا يمكن معه بعض الزرع (متن)

ويقطع العروق المنتشرة وهذا هو الذي نفي عنه البأس في التذكرة كما عرفت وقد يقال ان مقتضى قوله وان كان الماء صافيا يمكن مشاهدتها انه يكتفي في صحة الاجارة بكونها في حال العقد ممكنة المشاهدة وليس كذلك ولو قال ولو كانت الارض معروفة ولو بمشاهدتها بعد الغرق لصفاء الماء ونحو ذلك لكان أولى ﴿ قوله ﴾ ﴿ ولو استأجر ما لا ينحسر عنه الماء للزراعة لم يجز لعدم الانتفاع ﴾ كما في المبسوط والشرائع والتذكرة والتحرير وجامع المقاصد وقد تقدم والمفروض انه غير عالم بقرينة قوله فان علم الى آخره وكذا اذا كان قد ينحسر وقد لا ينحسر لان العجز معلوم وزواله مشكوك فيه كما في المبسوط والتحرير وفي (جامع المقاصد) ان اعادته لبناء ما بعده عليه فهو كالتتميم لما سبق (قلت) قد يفرق بان الماء فيما سبق لا ينحسر غالبا وهنا لا ينحسر أصلا فتأمل وقال انه لا حاجة الى التقييد بالزراعة لان اطلاق اجارة البيضاء انما يقصد به غالبا الزرع فالاطلاق محمول على ارادة الزرع على ان التقييد بذلك مضر لانه حينئذ انما تتمشى الصحة فيه اذا علم ورضي على القول بان ذكر خصوص المنفعة لا يقتضي التعيين والمصنف قد استشكله (فان قلت) قد ارتكبت مثل ذلك في المسئلة السابقة (قلت) لما كانت المسئلة السابقة انما تخرج على بعض أقسامها على ذلك لم يكن بد من بنائها عليه بخلاف ماهنا فان الاطلاق يصح معه الحكم ولو كان أحد أقسام المطلق انما يتمشى على ذلك القول ومع التقييد لا يصح الا على ذلك القول فظهر الفرق انتهى وأراد ببعض أقسام المسئلة السابقة ما اذا استأجرها مصرحا بالمنافع المخصوصة كالنزول فيها فانه القسم الثالث من أقسام المسئلة السابقة (وفيه أولا) ان الاطلاق اذا كان محمولا على ارادة الزرع لانه الغالب المتبادر لم يكن فرق بينه و بين التقييد لانه يجري حينئذ مجرى الحقيقة العرفية وحينئذ لا يتم له الفرق بينه و بين ما سبق كما هو واضح وانما يتم لو لم يحمل الاطلاق على الغالب (وثانيا) ان قوله ان الصحة لا تتمشى الا على ذلك القول غير صحيح لانها تتمشى أيضا على ما اذا حفر بئرا أو نهرا يجري فيه ذلك الماء الا أن يفرض ذلك حيث لا يمكن ذلك على ان التقييد بكون الارض معلومة غير محتاج اليه على ما ستاها عليه ﴿ قوله ﴾ ﴿ فان علم المستأجر ورضي جاز ان كانت الارض معلومة ﴾ يعني اذا علم المستأجر ان الماء لا ينحسر عنها وقت الحاجة ورضي بذلك جاز اذا كان قد عرف الارض قبل ذلك أو كان الماء قليلا لا يمنع رؤيتها حين العقد جازما على ان يفتح للماء مجرى ينصب فيه عنها كما عرفت ﴿ قوله ﴾ ﴿ وكذا اذا كان الماء قليلا يمكن معه بعض الزرع ﴾ غرضه بيان جواز الاجارة لانه هو الذي بصدده واما انه يثبت له الخيار في بعض الصور والارش في بعض آخر فليس بصدده والوجه في الجواز فيما اذا كان عالما ظاهر وأما اذا كان جاهلا فانه لا يمنع أصل الزرع فلم يعدم الانتفاع أصلا حتى تكون الاجارة باطلة غايته ان له الفسخ لمكان العيب والرضا بالحصة ان كان المزروع بعض الارض والذي يمكن معه بعض الزرع يشمل ما اذا زرع بعض الارض أو كلها مع النقيصة لصدق البعضية حينئذ سواء قلنا بوجوب الارش حينئذ كما هو الاصح كما يأتي أم لا فكانت العبارة في هذا القسم غير قاصرة عن أقسامه وقد عرفت حال ما اذا كان الماء كثيرا وقد استأجرها للزراعة وانه على

ولو كان الماء ينحسر على التدريج لم يصح لجهالة وقت الانتفاع الا أن يرضى المستأجر ولو امكن الزرع الا ان العادة قاضية بغرقها لم يجز اجارتها لانها كالغارقة (متن)

قسمين باعتبار علمه وجهله ولا ثالث لها وقال في (جامع المقاصد) ان عبارة الكتاب قاصرة عن أقسام المسئلة قال ان مالا ينحسر عنه الماء من الارضين وقت الحاجة اليه اذا استأجره فاما أن يكون ماؤه قليلا لا يمنع اصل الزرع فيمكن معه زرع شيء أو يكون كثيراً و يمنع وحينئذ فاما أن يعلم المستأجر بالحال في وقت الاجارة أولا فان كان الماء قليلا صحت الاجارة وان جهل المستأجر بالحال كان له الفسخ والرضا بالحصة ان كان المزروع بعض الارض وان كان جميعها مع القبضة احتمل وجوب الارش وان كان الماء كثيرا وعلم الحال ورضي صحت الاجارة وانتفع بغير الزرع من اصطياد ونحوه ولو ندر انحسار الماء كان له الزرع لعدم المانع وان لم يعلم الحال فاما أن يكون قد صرح باستئجاره لنحو الاصطياد اولا ففي الاول تصح الاجارة ويستوفي تلك المنفعة ومع انحسار الماء بنفسه بحفر بئر ونهر يجري فيه او مطلقا كان له الزرع ان كان مساويا لتلك المنفعة في الضرر اواقل على القول به وان لم يصرح بذلك لم تصح الاجارة نظراً الى أن المنفعة المقصودة منتفية ومما قررناه يعلم ان عبارة الكتاب قاصرة عن اقسام المسئلة انتهى (ونحن نقول) قوله اذا استأجره فاما ان يكون ماؤه قليلا الى آخره ان أراد به أنه استأجره للزراعة لم يتجه أن يفرع عليه قوله فاما أن يكون قد صرح باستئجاره لنحو الاصطياد ولا قوله وان كان الماء كثيرا وعلم الحال صحت الاجارة و تنفع بغير الزرع الى آخره الاعلى القول بان خصوص ذكر المنفعة لا يقتضي التعيين مع اهمال ذكر معرفة الارض وكذلك اذا كان الاطلاق منزلا على الزراعة لمكان الغلبة والتبادر وان أراد أنه استأجره لغير الزراعة لم يتجه جميع ما فصله وفرعه كما اذا بقي الاطلاق على حاله مضافا الى أمور أخر كقوله واذا لم يعلم بالحال الى آخره وغيره فكلامه غير محرر فتدبر ﴿ قوله ﴾ (ولو كان الماء ينحسر على التدريج لم يصح لجهالة وقت الانتفاع الا أن يرضى المستأجر) قضية ماسبق له فيما لا ينحسر عنه الماء وما يأتي فيما يغرق أنه استأجرها في المسئلة للزراعة جاهلا بحالها عارفا بنفس الارض من قبل أو وصفت له قبل العقد (ووجه) عدم الصحة حينئذ ظاهر لجهالة وقت الانتفاع لانه اذا كان لا ينحسر أصلا كان الانتفاع معدوما والانتفاع هنا غير معدوم لكن وقته غير معلوم (واما وجه) الصحة اذا علم ورضي فلأن علمه بالحال يرفع الجهالة في الاجارة فيكون قد أقدم على حفر بئر أو نهر يجري فيه الماء فيكون كالقدرة على تسليم الآبق ونحوه أو يكون ذلك منه بمنزلة استئجارها لغير الزرع في الصحة والغرض ومع الجهالة يمنع الاقدام عليها والرضا بها بناء على أن الاجارة تحمل مثل هذه الجهالة فان أمكن الزرع فذاك والا انتفع بها على حالها أو استعملها في غيره بناء على القول بعدم التعين بالتعيين وهذا ان قلنا بعدم انفساخ الاجارة اذا امتنع المعين كما تقدم ويأتي قريبا ومنه يعلم حال ما في جامع المقاصد قال الحكم بالصحة مع رضا المستأجر اعم من ان يستأجرها مطلقا أو للزراعة بناء على القول بعدم التعين بالتعيين (ووجهه) ان علمه بالحال بمنزلة الاستئجار لغير الزرع في الصحة فلا تلزم الجهالة في الاجارة نظراً الى المقصود لان الزرع على ذلك التقدير ليس هو المقصود الاصل انتهى فتأمل فيه فانه كما ترى مع ما فيه من ان استئجارها للزرع بمنزلة استئجارها لغيره ﴿ قوله ﴾ (ولو امكن الزرع الا ان العادة قاضية بغرقها لم تجز اجارتها لانها كالغارقة) ونحوه ما في التحرير ومعناه أنه لو استأجر الارض

ولو اتفق غرقه أو تلفه بحريق أو غيره فلا ضمان على المؤجر ولاخيار للمستأجر الا أن يتعذر الزرع بسبب الغرق او انقطاع الماء أو قلته بحيث لا يكفي للزرع او تفسد الارض فيتخير في الامضاء في الجميع ويحتمل بما بعد الارش (متن)

للزرع عارفاً بها وبامكان الزرع فيها جاهلا بان العادة قاضية بغرقها كانت اجارتها غير صحيحة لانها كالتارقة عرفا واما اذا علم بذلك فلا مانع لانه يكون قد أقدم على دفع الغرق عنها أو يكون ذلك منه بمنزلة استئجارها لغير الزرع على نحو ما تقدم آنفاً وقال في (جامع المقاصد) ينبغي ان يكون هذا اذا استأجرها للزرع أو مطلقاً ولم يعلم الحال أما اذا علم نزلت على قصد باقي المنافع ﴿ قوله ﴾ (ولو اتفق غرقه أو تلفه بحريق أو غيره فلا ضمان على المؤجر ولا خيار المستأجر) أي لو اتفق على وجه الندرة لا لقضاء العادة هلاك لزرع في الارض المستأجرة للزراعة بحريق أوجائحة من سيل أو جراد أو شدة حر او برد أو كثرة مطر أو مسيل سيل بحيث حصل الغرق للزرع دون الارض لم يكن له الفسخ ولا حط شيء من الاجرة وقد نص عليه في التذكرة وجامع المقاصد لان الجائحة لحقت مال المستأجر لا منفعة الارض فكان كما لو استأجر دكانا لبيع البز فاحترق المتاع فان الاجارة لا تبطل في الدكان ﴿ قوله ﴾ (الا أن يتعذر الزرع بسبب الغرق وانقطاع الماء أو قلته بحيث لا يكفي الزرع أو تفسد الارض فيتخير في الامضاء بالجميع و يحتمل بما بعد الارش) لما حكم بعدم الضمان على المؤجر وعدم الخيار للمستأجر فيما اذا لحقت الجائحة زرع المستأجر فيما اذا استأجرها للزراعة استثنى ما اذا أصابت الجائحة في مدة الاجارة منفعة الارض اما بابطال منفعتها أعني الزراعة بالكلية أو ابطال بعضها ولما كان للاول حكمان انفساخ الاجارة والعقد وتخيره بين الفسخ والامضاء على القول بجواز التخطي من المعين الى غير المعين ترك التعرض للاول لتقدمه وظهوره وتعرض للثاني وقد يكون بنى الحكم في المستثنى والمستثنى منه على انه اطلق الصيغة في عقد الاجارة من دون تخصيصها بالزراعة وحينئذ اذا تعطلت الزراعة و بقي للارض منفعة مقصوده تخير بين الفسخ والامضاء على تأمل لنا في ذلك وان كان قد ذكر في التذكرة وجامع المقاصد فقوله فيتخير في الامضاء الى آخره جار على التقديرين كما ستسمع ويأتي للتخيير وجه آخر (وكيف كان) فقد ذكر هنا ان تعذر الزرع يكون بسبب الغرق أو انقطاع الماء بالكلية أو فساد الارض بابطال قوة نباتها بسبب الحرق ونحوه فقوله أو يفسد معطوف على قوله أو يتعذر ولو قال أو فساد الارض بعد قوله وانقطاع الماء لكان أوجز وأبعد عن التعقيد كما ان الواجب تأخير ذكر قلة الماء وذكره أخيراً وحده لانه لايتحقق فيه تلف جميع الزرع حتى ينظم مع الغرق وانقطاع الماء كما هو واضح ولكن الامر سهل وقضية كلام التذكرة أنه لا فرق في انفساخ العقد بفساد الارض ونحوه واسترداد حصة ما بقي من المسمى بين بقاء زمان يمكن الزرع فيه لو كانت الارض سليمة وعدمه ولا بين سبق فساد الزرع على فساد الارض و بالعكس لمكان فوات المنفعة في متعلق الاجارة ولاسيما العكس لان أول الزرع غير مقصود لانه لم يستأجرها للفصيل مثلا ولم يسلم له الاخير وقضية اطلاق الكتاب عدم الفرق في ثبوت التخيير الذي ذكره بين ما ذكر من بقاء الزمان وعدمه وسبق فساد الارض وعدمه فيحمل تعذر الزرع على ما اذا تعذر زرعه أولاً أو تعذر بقاؤه او تجديده وحكى في التذكرة عن بعض الشافعيه أنه قال أن الارض اذا فسدت بجائحة ابطلت قوة الانبات بعد فساد الزرع

فيه احتمالان الظاهر منهما أنه لا يسترد شيئاً لانهالو بقيت صلاحية الارض وقوتها لم يكن للمستأجر فيها فائدة بعد فوات الزرع (والثاني) انه يسترد لان بقاء الارض على صفتها مطلوب واذا خرجت عن أن يكون منتفعا بها وجب أن يثبت الانفساخ ولم يفرق في التذكرة أيضا في ذلك أعني انفساخ العقد بالفساد ونحوه بين أن يكون قد استأجرها الزراعة فبطلت منفعة الزراعة خاصة دون باقي المنافع أو استأجرها مطلقا فبطلت منفعة الزراعة وفي الاخير نظر ظاهر وجعل في التذكرة ما في الكتاب احتمالا قال بعد ان جزم بما ذكرناه ويحتمل أن يقال أما ان يستأجر الارض للزراعة أو يستأجرها مطلقا فان استأجرها للزراعة فبطلت منفعة الزراعة خاصة دون باقي المنافع فانه يثبت للمستأجر الخيار بين الفسخ والامضاء بجميع الاجرة أو بعد حط الارش ان سوغنا له الانتفاع بغير الزرع وان استأجرها مطلقا كان له الخيار ان بقيت لها منفعة مقصودة لتعيبها ونقص منفعتها انتهى (وكيف كان) فالتخيير المذكور في الكتاب يكون عند نقص المنفعة بقلة الماء حيث لا يكفي الزرع ومع الاطلاق اذا تعطلت الزراعة وبقي غيرها ومع التخصيص على القول بالتخطي وهو أي التخيير بين الفسخ والامضاء بجميع الاجرة لانه هو الذي وقع عليه العقد فاذا أمضاه وجب العمل بمقتضاه والمسمى انما قوبل به مجموع المنفعة ولم تجعل الاجزاء في مقابلة الاجزاء وبعبارة أخرى ان الاجازة تقرير للعقد الاول على ما بقي من المنافع فصار الباقي هو الكل أو كالكل ولعل هذا التقرير يتناول توجيه الشق الاخير فليتأمل (وعساك تقول) لو لم تكن الاجزاء في مقابلة الاجزاء لم يجب التقسيط مع الانفساخ (لانا نقول) التقسيط انما هو مع تعطيل أصل المنفعة في بعض المدة لامع نقصانها في مجموع المدة أو بعضها مع الانفساخ على أنه مع الانفساخ جاء الضرورة اذ لا مندوحة عنه فتأمل واحتمل هنا وفي (التذكرة) ان له الامضاء بما بعد الارش وفي (الايضاح) انه أصح وفي (جامع المقاصد) انه أقرب لان الاجرة في مقابلة جميع المنافع وهو يقتضي بملك كل جزء منها في مقابلة كل منفعة منها وقد فات بعضها فيجب أن يسقط قسطه ثم انه لا ريب في زيادة الاجرة بزيادة المنافع ونقصانها بنقصانها وذلك يقضي بكون ابعاض المنفعة مقصودة بالاجرة قال في (جامع المقاصد) لا ريب في ان عدم اعتبار الارش بعيد جدا لانه لو فات تسعة أعشار المنفعة فمقابلة مجموع المسمى بما بقي كأنه بديهي البطلان لكنهم فيما اذا ظهر في المنفعة عيب خيروه بين الفسخ والامضاء بالجميع ولم يقولوا بالتقسيط والارش الا اذا كان منقصا في المنفعة لنقصان في العين حتى يكون كتلف أحد العبدين في البيع ولعلهم يقولون ان ما نحن فيه من باب النقصان في العين ولعله كذلك ثم ان القول بالتخطي ينبغي أن يكون فيما اذا عين منفعة بعينها وكانت باقية فانه يجوز على القول به التخطي وأما اذا تلفت المنفعة المعينة فليس الا انفساخ العقد وان أمكن الانتفاع بالعين في غير المعينة كما تقدم بيان ذلك كله ثم ان احتمال الارش لا يتأتى الا في الشق الاول أعني نقص المنفعة بقلة الماء وهذا الارش كما في الايضاح وجامع المقاصد ارش معاوضة نسبته الى المسمى كنسبة أجرة مثل مانقص من المنفعة الى مجموع أجرة المثل لمجموع المنفعة لان ايجاب أجرة مثل مانقص ربما أحاط بالمسمى فيكون قد حصل للمستأجر جميع المسمى مع استيفائه باقي المنافع وهو بديهي البطلان وقال في (جامع المقاصد) واعلم ان التفريع في قوله فيتخير الى آخره غير مستقيم لانه ذكر أشياء بعضها يقتضي انفساخ العقد كانقطاع الماء فكيف يتفرع عليه ثبوت الخيار (قلت) قد عرفت توجيه العبارة بما يصحح التفريع ثم ان المحقق في الشرائع والمصنف في

فان فسخ رجع الى اجرة الباقي واستقر ما استوفاه ويوزع على المدتين باعتبار القيمة وهي اجرة المثل للمدتين لا باعتبار المدة فان تجدد بعد الزرع فله الفسخ ايضا ويبقى الزرع الى الحصاد وعليه من المسمى بحصته الى حين الفسخ واجرة المثل الى الحصاد لارض لها مثل ذلك الماء القليل ويجب تعيين المدة في اجارة الارض لاي منفعة كانت من زرع اوغرس أو بناء او سكنى او غير ذلك (متن)

الكتاب والتذكرة والتحرير والمقدس الاردبيلي وكذا المحقق الثاني قالوا جميعا في باب المزارعة أنه لو انقطع الماء في الاثناء فالزرع للمختار ان زارع عليها أو استأجرها للزراعة فحكموا بثبوت الخيار للمستأجر ان انقطع الماء في الاثناء بالكلية من دون تعرض للتخطي كما يأتي بيانه مسبغا وكأنه في جامع المقاصد لم يمعن النظر في العبارة ولا فيها مناقشات لا تندفع الا بما وجهناها به ومن لحظ ما شرحناها به من أوله الى آخره مترويا ولحظ كلامه في شرحها عرف أنه لم يوجه النظر اليها بكمال العناية ﴿قوله﴾ (وان فسخ رجع الى اجرة الباقي واستقر ما استوفاه ويوزع على المدتين باعتبار القيم وهو اجرة المثل للمدتين لا باعتبار المدة) كما نبه عليه في المبسوط ونص على ذلك كله في التذكرة وجامع المقاصد ومعناه انه اختار الفسخ في الاحوال الثلاثة رجع على المؤجر باجرة الباقي وهي حصته من المسمى واستقر عليه من المسمى ما قابل ما استوفاه فيوزع المسمى على قيمة المنفعة للمدتين أعني ما مضى وما بقي والمراد بقيمة المنفعة اجرة المثل لها باعتبار للمدتين لمكان حصول التفاوت في بعض الاحوال فانه ربما كانت أجرة المثل لما مضى خمسين ولما بقي أربعين مثلا فلو وزع على اجرة المثل لمجموع المدة من حيث هي هي من غير اعتبار خصوص المدتين لزم الظلم فتنظر نسبة أجرة المثل لاحدى المدتين الى مجموع اجرة المثل لهما ويؤخذ بتلك النسبة من المسمى فلو كانت اجرة المثل لما مضى خمسة اتساع مجموع اجرة المثل لهما كان نصيب ما مضى من المسمى خمسة أتساعه ﴿قوله﴾ (فان تجدد بعد الزرع فله الفسخ أيضا) أي ان تجدد العيب في الارض بعد الزرع بقلة الماء بحيث لا يكفي الزرع فله الفسخ وهذا قد تقدم حكمه عند استثناءه ما اذا تعذر الزرع بالغرق وانقطاع الماء أو قلته من قوله ولو اتفق غرقه الى آخره لان غرقه وتلفه بحريق ونحوه فرع تحققه وانما أعادها لبيان أمر آخر وهو وجوب ابقاء الزرع الى الحصاد بعد الفسخ لكن قوله ايضا يقضي بعدم تقدم ذكره لان معناها أنه يشارك ما تقدم في ثبوت الفسخ فلا يكون مذكوراً والامر سهل وانما قيدناه بقلة الماء مع انه يكون بانقطاعه أيضا في بعض المدة لان المصنف فرضها في ذلك حيث قال في آخر المسئلة ان عليه اجرة أرض لها مثل ذلك الماء القليل فتأمل ﴿قوله﴾ (ويبقى الزرع الى الحصاد وعليه من المسمى بحصته الى وقت الفسخ واجرة المثل الى الحصاد لارض لها مثل ذلك الماء القليل) يريد أنه اذا فسخ بالعيب وجب ابقاء الزرع الى الحصاد لانه زرع بحق وثبت الفسخ بحق فلا يجوز قلعه بل يجب ابقاؤه لان له أمداً ينتظر وهو الحصاد فعليه من المسمى بحصته الى حين الفسخ بالتوزيع على المدتين كما سبق ويسترد حصة الباقي منه ويلزمه للابقاء من حين الفسخ الى الحصاد أجرة مثل تلك الارض ولها مثل ذلك الماء القليل ﴿قوله﴾ (ويجب تعيين المدة في اجارة الارض لاي منفعة كانت من زرع أو غرس أو بناء أو سكنى أو غير ذلك) قد تقدم لنا عند الكلام على استئجار الآدمي حيث قال المصنف هناك

ولا يتقدر بقدر ولا يجب اتصال المدة بالعقد فان عين المبدأ والا اقتضى الاتصال فان استأجر للزرع فانقضت المدة قبل حصاده فان كان لتفريط المستأجر كأن يزرع ما يبقى بعدها فكالغاصب (متن)

فاذا استؤجر لعمل قدر إما بالزمان الى آخره ان كلمتهم مختلفة في متى تعيين المدة والزمان وان في اثني عشر كتابا بل أكثر ان تعيين العمل بالزمان أن يستأجره للخياطه يوما أو شهراً وفي بعضها التصريح بانه لا يشترط كون اليوم معينا وان في عشرة كتب أو أكثر أنه لو قال اجرتك الدار شهرا أو سنة أو يوما ولم ينزل على الاتصال البطلان وقد بذلنا الجهد في تتبع كلماتهم والجمع بينها بوجوه أجودها أنه لابد من تعيين الزمان وتشخيصه في اجارات العقارات لانه جزء من المنفعة ولا قوام لها الا به ولا كذلك الادمي والدابة فيقدر عملها بالزمان وان كان غير معين وقد أسبغنا الكلام في المسئلة وهي من المشكلات ﴿ قوله ﴾ (ولا يتقدر بقدر) اجماعا كما في الخلاف والتذكرة وبه صرح في المبسوط والمهذب والتحرير وجامع المقاصد وهو قضية كلام الباقين في عدة مواضع قال في (التذكرة) فيجوز أن يستأجر لحظة واحدة بشرط الضبط ومائة الف سنة و بالجملة يجوز اجارة العين مدة تبقى فيها وان كثرت بشرط الضبط وهو قول علمائنا اجمع انتهى (قلت) ويدل عليه الاصل المستفاد من طلاقات الباب وخصوص صحيحتي علي بن يقطين وصحيحة أبي بصير وخبر سهل اذ فيها عن الرجل يكتري و يتكارى السفينة البيت والسفينة سنة أو أقل أو أكثر قال الكرى لازم الى الوقت الذي اكتراه اليه كراه لازم الى الوقت الذي تكاراه على اختلاف عبارات الاخبار وكان الواجب على المقنع والمقنعة والنهاية والمراسم والوسيلة التنصيص والتصريح بذلك لان كانت متون أخبار وكذلك الكفاية والمفاتيح والمخالف الشافعي وقد اضطرب كلامه فقدرها تارة بسنة لان الحاجة لا تدعو الى اكثر من سنة وتكمل فيه الزروع والثمار وتنضم الفصول الاربعة وتارة بثلاثين لانها نصف العمر والغالب ظهور التغيير بمضيها على الشجر وأخرى بمدة بقاء ذلك الشيء المستأجر والاصل فيه انها عنده على خلاف الاصل من وجوه ولا تقدير من الشارع لكنه في السنة غفل عن قوله عز وجل ثماني حجج الا أن يقول ان شرع من قبلنا ليس بحجة ولا فرق عندنا بين الوقف وغيره الا أن يخالف تقرير الواقف كأن يكون الواقف قد قرر ان يؤجر مدة معينة والا فحكمه حكم المطلق ﴿ قوله ﴾ (ولا يجب اتصال المدة بالعقد فان عين المبدأ والا اقتضى الاتصال) قد تقدم الكلام في عدم وجوب الاتصال في أول الشرط السادس عند قوله ولو أجره السنة القابلة صح مبينا مستوفى وتقدم في ان الاطلاق ينزل على ذلك في اثناء ذلك مستوفى بما لا مزيد عليه حيث جمعنا فيه كلمة الاصحاب من كل باب وبقي هنا شيء وهو ما اذا اتفقا على تعيين المبدأ ونسيا تعيينه في العقد ففي (جامع المقاصد) ان عدم صحته ليس بذلك البعيد اذ ليس بمقصود والاصح الصحة وينزل على الاتصال كما في نظائره في نسيان الشروط والخيار ونسيان الاجل في المتعة الى غير ذلك عملا بالاصل والعموم أو بمعنى العموم وكم من عقد صححناه مع مخالفته القصد ﴿ قوله ﴾ (فان استأجرها للزراعة فانقضت المدة قبل حصاده فان كان لتفريط المستأجر كأن يزرع ما يبقى بعدها فكالغاصب) كما في المبسوط والتذكرة والتحرير وجامع المقاصد لانه عاد بشغل الارض بعد المدة بخلاف ما اذا لم يفرط ولم يقصر كما ستسمع والمراد بتفريطه ارتكابه ما يبقى بعد المدة

وان كان لعروض برد او شبهه فعلى المؤجر التبقية وله المسمى عن المدة واجرة المثل عن الزائد وللمالك منعه من زرع ما يبقى بعد المدة على اشكال (متن)

مع امكان غيره كما ذكر المصنف واما اذا أخر اختيارا حتى ضاق الوقت أو أكله الجراد فزرع ثانيا فيكون كالغاصب في جواز الزامه بتفريغ الارض من زرعه بغير ارش وطم الحفر وغير ذلك الا في شيء واحد وهو أنه لا يؤمر بالقلع قبل انقضاء المدة لان منفعة الارض في الحال له ﴿ قوله ﴾ (وان كان لعروض برد أو شبهه فعلى المؤجر التبقية وله المسمى عن المدة واجرة المثل عن الزائد) كما في الكتب الاربعة المتقدمة لانه غير عاد ولا مقصر وقد خرج الشرط أعني المدة فكان للمالك عوض ابقائه تحقيقا للشرط وجمعا بين الحقين وذلك لان ما خرج عن المدة وان لم يتناوله العقد الا انه يستلزمه حيث لا يكون منه تقصير حذراً من تكليف ما لا يطاق وبه فارق ما اذا قصر ويحتمل أنه يجب على المالك الصبر الى الادراك مجانا لانه آذن في هذا النوع وهو أحد وجوه الشافعية ولهم وجه آخر احتمله في المبسوط والتحرير وهو أنه له أن يقلع الزرع مجانا لان التفريط هنا جاء من المستأجر لانه كان ينبغي له أن يستظهر بزيادة المدة (وفيه) أنه جرى على العادة وفي زيادة المدة زيادة اجرة لتحصيل شيء متوهم على خلاف العادة ومن هذا الباب ما اذا أكل الجراد روس الزرع فنبت ثانيا وتأخر الادراك وهذا كله اذا كانت الزراعة مطلقة وقد فرض ذلك في التذكرة في المعين ويأتي للمصنف في مثل هذا الفرض في المزارعة ما يخالف ما هنا قال وذكر مدة يظن الادراك فيها فلم يحصل فالاقرب ان للمالك الازالة مع الارش أو التبقية بالاجرة سواء كان بسبب الزارع كالتفريط بالتأخير أو من قبل الله سبحانه ﴿ قوله ﴾ (وللمالك منعه من زرع ما يبقى بعد المدة على اشكال) كما في التذكرة واختير في التحرير والايضاح وكذا جامع المقاصد أنه ليس له منعه (قال في التحرير) نعم له قلعه عند الانقضاء وهو قضية كلام الايضاح عند الجواب عن حجة الشيخ وقال في (المبسوط) ان له منعه لاحتياجه الى المطالبة بالقلع والزرع ثابت في ملكه ومثل ذلك يشق فيحصل له المنع في الحال حتى يتخلص من ذلك فان زرع لم يكن له أن يطالب بالقلع في الحال لان له حق الانتفاع بالارض في تلك المدة بالزراعة فان انقضت المدة كان له أن يطالب بالقلع لان صاحب الارض لم يأذن له في ذلك فهو في معنى الغاصب انتهى (وحاصله) ان الزرع يستلزم مشقة المطالبة بالقلع فكان له المنع لكن قضية ذلك ان له المطالبة بالقلع بعد الزرع لانه قد شغل الارض بغير ما يستحقه فدليله متناقض لان قضية قوله انه له حق الانتفاع الى آخره انه ليس له المنع من أول الامر (وقد يجاب) بان الشيخ لا يقول بانه شغل الارض بغير ما يستحقه وانما شغلها بما هو حق له لكنه لما استلزم مشقة المطالبة بالقلع كان له المنع لذلك لا غير فلما زرع حصلت المشقة فلينتظر الامد ويرشد الى ذلك ان المصنف سيصرح بذلك أي انه ان زرع لم يكن للمالك المطالبة بالقلع وظاهره ان ذلك جار على القولين كما يأتي ونسب اليه في جامع المقاصد انه احتج بان زرعه لذلك يستلزم البقاء بعد المدة المقتضي لتصرف في ملك المؤجر بما لا يتناوله العقد والاحتياج الى المطالبة بالتفريغ وربما اقتضى ذلك نقصا في الارض فيكون له منعه وضعفه بمنع الكبرى فانه ليس كلما لم يتناوله العقد من التصرفات يجب المنع مما يستلزمها لانها قد ثبتت تبعا ولا يكون العقد متناولا لها فكيف يمنع منها وانت قد عرفت

ان الشيخ لم يتفوه بشيء من ذلك ثم ان في الاستدلال والجواب مواضع للنظر (١) ولعله أخذ أصل الاستدلال من الايضاح وبنى في الجواب على ما ستسمعه مما يحققه (قال في الايضاح) لانه لو لم يملك منعه لوجب ابقاؤه فيلزم قهر الغير على ماله فيملك منعه فيلزم من عدم الملك الملك (والجواب) المنع من الملازمة وقال في (جامع المقاصد) والتحقيق أن يقال لا يخلو الحال اما أن يكون عقد الاجارة للزرع مدة معينة بحيث يتعين زرع ما يبقى بعد المدة أولا فان كان الاول فلا حاجة للمنع بعد استحقاقه بالعقد وان كان الثاني فلا وجه للتجويز لاختصاص العقد بما سواه (فنقول) لاريب ان الاستئجار للزرع مطلقا يتناول المتنازع لكن تعيين المدة هل يقتضي اخراج ما لا ينتهي عند انتهائها أم لا يحتمل الاول لان مقتضى التعيين عدم الاستحقاق بعدها فلا يستحق زرع ما يبقى بعدها وفيه منع اذ لا دلالة للتعيين على الاستحقاق وعدمه باحدى الدلالات ولو سلم فالملازمة ممنوعة ويحتمل الثاني لانتفاء المقتضي للتخصيص فيجب التمسك بالعموم (فان قلت) تعيين المدة دليل على ارادة التفريغ بعدها (قلنا) هو مشعر بذلك ولو سلم فلا ينهض مخصصا للعموم اذ يمكن أن يجمع بين الزرع الآن والتفريغ بعد المدة (فان قيل) أجراء لفظ الزرع على حقيقة من التقييد بالمدة يقتضى عدم اندراج ما يبقى بعدها ولا يتمم به من جهة كونه زرعا اذا بلغ بعد المدة (قلنا) لانم أن يمنع كون الزرع حقيقة القاء البذر في الارض على وجه يبلغ الحصاد بل هو عم من ذلك لان المعروف انه بعد القاء البذر في الارض للاستنبات واللغة والعرف شاهدان بذلك وهذا المعنى صادق في المتنازع فيه فان تم هذا عدم المنع أقوى ولقد أطال في غير طائل اذ لا ريب في أن الاستئجار للزرع مطلقا يتناول المتنازع و به أفصحت كلمة القائلين بانه ليس له منعه وقد سمعت أنه قال في المبسوط ان زرع لم يكن له أن يطالب بالقلع في الحال لان له الانتفاع بالارض في تلك الزراعة الى آخره كما أنه لا ريب في أن أهل العرف لا يرتابون في أنه اذا أجره أرضه ثمنية اشهر أنه لا يريد زرع القوة التي لا ينتهي ادراكها الا بسنتين أو أكثر فكان التعيين دليلا عرفا على عدم الاستحقاق بعدها فلا يستحق زرع ما يبقى بعدها ومخصصاً للعموم وقد نفى هو عنه الدلالة أولا ثم قال أنه مشعر ثم تنزل الى أنه مخصص كل في سؤال وكان يمكنه جمع الجميع عند سؤال واحد وقد تجشم ما تجشم أخيراً من دعوى شهادة العرف واللغة والمعترض ادعى أن الزرع واحد الزروع وهو ماقام على ساق ومنه حصدت الزرع وتسمية البذر الملقى في الارض زرعا انما هو باعتبار ما يؤل اليه ولهذا لو علم أهل العرف واللغة أنه انما استنبته ليقصله أو ليرعاه بنفسه لا يسمونه زرعا قطعا و يقول ما استنبته للزرع وانما استنبته للرعي والقصل كما هو واضح ويشهد على ما قلناه قوله عزوجل انتم تزرعونه أم نحن الزارعون اذ ليس معناه انتم تلقونه أم نحن الملقون بل الظاهر أن معناه أنتم تجعلونه زرعا يحصد أم نحن الجاعلون ثم أنه سيعترف في جامع المقاصد عند شرح قوله وان أطلق احتمل الصحة مطلقاً بان تسمية مالا يبلغ الحصاد والادراك زرعا مجاز جازماً مراراً (والحاصل) أن قضاء العرف شيء وما تقتضيه اللوازم شيء آخر فمن لاحظ العرف لابد له من أن يقول بالمنع وفي (التذكرة) هل له المنع من زراعة المعين اذا ضاق الوقت الاقرب العدم لانه استحق منفعة الارض في تلك المدة وفيه نظر

---

(١) كقوله ان الزرع لذلك يستلزم البقاء بعد المدة فهل أرادانه يستلزم البقاء شرعا او البقاء عادة الى غير ذلك (منه قدس سره)

فان زرع بغير اذنه لم يكن له المطالبة بازالته الا بعد المدة ولو استأجر مدة لزرع لا يكمل فيها فان شرط نقله بعد المدة لزم وان اطلق احتمل الصحة مطلقا وقيد امكان الانتفاع (متن)

ظاهر الا أن تقول أنه قد يقصد القصل في المدة فتأمل ﴿ قوله ﴾ (فان زرع بغير اذنه لم يكن له المطالبة بازالته الا بعد المدة) قضيته ان ذلك جار على القولين وهو على القول بعدم استحقاق المالك المنع ظاهر وأما الاشكال على قول الشيخ كما اشرنا اليه آنفا وقد سمعت الجواب عنه وانه ليس كما توهمه عليه المحقق الثاني حتى يقضي منه العجب في جامع المقاصد ﴿ قوله ﴾ (ولو استأجر مدة لزرع لا يكمل فيها فان شرط نقله بعد المدة لزم) وجها واحدا كما في جامع المقاصد وفيه أيضا أنه لا بحث في الصحة وبه صرح في المبسوط والتذكرة والتحرير وفي (جامع المقاصد) أنه ينبغي تقييده بما اذا كان مثل ذلك مقصوداً في العادة فلو استأجر للزرع يوماً أو يومين فالذي يناسب الباب يوافق أصول المذهب عدم الصحة (قلت) لان الاجارة انما تصح على تقدير الاعتداد بالمنفعة فكيف اذا خلى عنها بالكلية فحينئذ لا يراد بالزرع معناه الحقيقي أعني الذي يبقى الى اوان حصاده بل يراد منه المعنى المجازي والقرينة اشتراط النقل ولهذا اتفقت الكلمة على حكمه وقد قال في جامع المقاصد ان المصنف لم يذكر ما اذا شرط التبقية الى زمان أخذه مع أنه ذكره بعد الكلام على الاطلاق ﴿ قوله ﴾ (وان اطلق احتمل الصحة مطلقا) قال في المبسوط وان أطلق فالاجارة صحيحة لانه يجوز ان يزرعها القصل وقضيته انه لابد من منفعة وان الزرع مستعمل في معناه المجازي ونحوه ما في التذكرة وجامع المقاصد وستسمع كلاميهما وقال في (التحرير) وان أطلق فالوجه الجواز سواء امكنه الانتفاع بها في المدة بزرع ما يساوي المشترط في الضرر أو يقصر عنه أولا على اشكال وظاهر الشق الثاني كظاهر الكتاب مع ملاحظة الاحتمال الثاني في الكتاب الصحة مع امكان الانتفاع وعدمه ويصير ذلك معنى الاطلاق وهو مشكل ولذلك استشكل في التحرير وفي (التذكرة) ان الاقوى الصحة لان التأقيت لحصول المعقود عليه في منفعة تلك المدة الى ان قال في توجيهه ان الانتفاع بهذا الزرع في هذه المدة ممكن فصح العقد وهو يوافق المبسوط كما عرفت وفي (الايضاح وجامع المقاصد) ان الاصح الصحة ووجهها في جامع المقاصد بحصول المقتضي وهو الايجاب والقبول من جائزي التصرف وانتفاء المانع اذ ليس هو الا كون المدة غير كافيه لادراك الزرع وهو غير صالح للمانعية لان اقصى ما يقال فيه لزوم التجوز بلفظ الزرع ولا محذور فيه لان العدول الى المجاز مع القرينة متعين ووجهها في الايضاح بما حاصله من انه عقد صدر من أهله في محله والمانع لا يصلح للمانعية لان القلع ليس بمتيقن لجواز الابقاء بالاجرة تبرعا أوصلحا وعلم حصول الانتفاع الى آخر المدة ليس بشرط في صحة الاجارة بل في انتفاء الخيار وليس بحثنا فيه والا لم تصح اجارة اصلا انتهى ونحوه ما في الحواشي وما حكي عن كنز الفوائد في انتفاء المانع لكن ذلك لا يتم حيث يشترط القلع فيلزم على تفسير الايضاح أن يكون الزرع في العبارة حين اشتراط نقله مجازاً وحين الاطلاق حقيقة فلزم التفرقة في لفظ الزرع في العبارة فيراد به عند اشتراط النقل قصله ونحوه وبالجملة ما لا يبلغ الحصاد مجازا وعند الاطلاق حقيقة أي ما يبلغ الحصاد (ونحن نقول) لابد من ارتكاب المجاز فيهما والقرينة في الاول اشتراط النقل وفي الثاني اشتراط المدة اوارتكاب الحقيقة فيهما بناء على التخلي ﴿ قوله ﴾ (وقيد امكان الانتفاع) أي واحتملت الصحة ان كانت الارض في تلك المدة مما ينتفع بها في

فعلى الاول احتمل وجوب الابقاء بالاجرة (متن)

زرع ضرره كضرر الزرع المشروط أو دونه أن جوزنا التخطي مع التعيين كأن يزرع شعيرا يأخذه قصيلا فيكون المراد بالزرع معناه المجازي أيضا ليوافق صريح التذكرة أو يراد أن جوزنا التخطي في زرع يمكن أن يبلغ الحصاد في تلك المدة كما هو ظاهر التحرير أو صريحه فيكون المراد بالزرع معناه الحقيقي ولا بد من حمل العبارة الاخيرة فكأنه قال وان أطلق احتمل الصحة مطلقا أي سواء تجوزنا بالزرع فاريد به القصل أو أبقيناه على حقيقته وأريد بلوغ الحصاد بناء على التخطي واحتمل الصحة مع بقائه على حقيقته بناء على التخطي والا فانا ان قيدنا الانتفاع في قوله بامكان الانتفاع على ظاهره وهو المطلق ورد عليه لزوم الجواز مع عدم النفع أصلا في الاحتمال الاول اعني احتمال الصحة مطلقا وهو باطل فكأن ذلك قرينة على أن المراد بالانتفاع الانتفاع بنوع آخر من الزرع يمكن بلوغه في تلك المدة وان كانت استفادته من العبارة بعيدة ويبقى الكلام في وجهي التذكرة فان تمثيله بقصل الشعير يقضي بان المراد بالزرع معناه المجازي فيهما وهو كما ترى قليل الفائدة أولا فائدة فيه (وكيف كان) فالاصح الصحة اما على القول بعدم التخطي فظاهر لانه حيث يشترط القلع يراد من الزرع المعنى المجازي وكذا حيث يطلق بقرينة ذكر المدة ولا حاجة بنا الى تقييد الصحة بامكان الانتفاع وعلى القول بجوازه أي التخطي فكذلك تمسكا بظاهر اللفظ في حالتي الاطلاق والتقييد بمعنى أن يراد فيهما حقيقة الزرع وهو ما يبلغ الحصاد بل لو تناول اللفظ كلا من النوعين بعمومه لكان ارتكاب المجاز في الحالتين اولى من تخصيصه بحالة التقييد وارادة الحقيقة في حالة الاطلاق كما اقتضاه كلام الايضاح ﴿ قوله ﴾ (فعلى الاول احتمل وجوب الابقاء بالاجرة) في الشرائع انه اشبه وفي (الايضاح والحواشي) أنه الاصح وفي (التذكرة) انه أظهر الوجهين كما ستسمع لمكان الجمع بين الحقين لانه زرع وضع بحق وليس متعديا به ولا ظالما فلا يقلع قبل ادراكه عملا بمفهوم قوله عليه السلام ليس لعرق ظالم حق وقد قال في الايضاح قد اتفق الاصوليون على حجية دلالة المفهوم في هذا الحديث ولان عدم وجوب الابقاء يستلزم عدم ملكية المستأجر منفعة متقومة مطلوبة بالاجارة انتهى ولا تغفل عن دليله الاخير وهذا الاحتمال على القول الاول اعني القول بالصحة قد احتمله الشيخ في المبسوط والمصنف في التذكرة حيث احتملا أن للمالك اجباره على القلع لاقتضاء المدة التي تناولها العقد وعدمه بمعنى أنه ليس له ذلك لان العادة في الزرع الابقاء وان علمه بذلك يقضي برضاه بالتبقية وقال في (التذكرة) وعلى هذا أي الثاني فاظهر الوجهين أن له اجرة المثل للزيادة وجعل الوجه الثاني انه لا اجرة للمالك لانه آجر مدة لا يدرك فيها الزرع فكان مغيرا للزيادة على تلك المدة والتقصير منه حيث أجر أرضه مدة الزرع الذي لا يكمل فيها وفي (جامع المقاصد) أن عدم وجوب الابقاء قوي وفي (المسالك) انه أقوى لانه دخل على أن لا حق له بعد المدة لان منفعة المدة هي المبذولة في مقابلة العوض فلا يستحق بالاجارة شيئا آخر ولا يرد ما اذا تخلف ادراك الزرع فتجاوز المدة فان التكليف بالازالة مفض الى ضياع ماله ولم يدخل في حال العقد عليه فوجب الابقاء بالاجرة بخلاف ما اذا دخل حال العقد عالما بعدم الادراك فانه لا وجه لوجوب الابقاء حينئذ ولا ترجيح في المبسوط وحكى في الشرائع في باب المزارعة هذين الاحتمالين قولين وحكى ثالثا وهو انه له ازالته مع الارش ولم نجد ذلك لاحد منا على انه جعل عنوان المسئلة ما اذا استأجر ارضا

مدة معينة ليغرس فيها مايبقى بعد المدة وستعرف أن حكم الغرس في مثل هـذا عين حكم الزرع فلعل كلامـه غير محرر فتـدبر ونظره في ذلك الى الخلاف لكنه فيه خلاف بعض ماذكر قال اذا اكراه أرضا سنة للغرس فغرس فى مدة السـنة ثم خرجت السـنة لم يكن للمكري المطالبة بقلع الغرس الا بشرط أن يغرم قيمته فاذا غرم قيمته أجبر على أخـذها وصارت الارض بمـا فيها له واستدل عليه بمفهوم قوله عليه السلام ليس لعرق ظالم حق وبخبر عائشة من غرس في رباع قوم بغير اذنهم فله القيمة (القلع خ ل) وقال ومثل هذا رواه أصحابنا وعليه اجماعهم وحكي القول بجبر المستأجر على القلع مع الارش واقول بالجبر على القلع مع عدم الارش وقال في (جامع المقاصـد) واعلم ان الشارح قال في الحديث السابق ان الاصوليين أجمعوا على حجية دلالة المفهوم من هذا الحديث وهذا فاسد من وجوه (الاول) ان البحث عن هذا الحديث ونحوه وظيفة الفقيه دون الاصولي والاجمـاع الذي ادعاه لم يسمع من أحـد من الاصوليين ما يصدقه بعـد التتبع الكثير (الثاني) حجية مفهوم الصفة من المفهوم المخالف لم ينعقد الاجماع عليها فى شيء أصلاً فان دل دليل على حقية المفهوم فالحجة من جهة الدليل لا من جهة المفهوم (الثالث) ان حقيـة المخالف لم يثبت بدليل من اجماع ولا غيره فينبغي تأمل ذلك انتهى (ونحن نقول) الظاهر ان مراده بالاصوليين الفقهاء الذين عملوا بالاصول وبحثوا عنها كالسيد والشيخ ومن تأخر عنهما الذين هم غير الاخباريين الذين قصروا عملهم على متون الاخبار ولم يتصرفوا في مفهوماتها ومقتضياتها وهم الذين صنف لهم الشـيخ النهاية كما صرح بذلك في خطبـة المبسوط وقد قالوا فيما اذا رجع في عارية الارض بعد البناء والغرس والزرع انه يجاب بشرط دفع ارش ذلك وفي (الخلاف) انا أجمعنا على أنه له قلعه مع الضمان وفي (مجمع البرهان) انه المسطور في الكتب فكأنه لاخلاف فيه انتهى بل منع جماعة من اجابته لقلع الزرع قبل ادراكه وقد طفحت عباراتهم بذلك في باب العارية وباب الصلح حتى انا في باب العارية حصلنا اجماعهم على لزوم الارش بل قد سمعت استدلال الشيخ بمفهوم الخبر في مسئلتنا كما فهمه في المسالك من الشرائع كما تقدم وادعى الاجماع عليـه وعلى خبر عائشـة فكان صاحب الايضاح مسبوقاً بذلك وقد استدلوا بالخـبر في باب العارية وباب الغصب وغيرها فقـد سمعنا منهم جميعا الا من (ما قل خ ل) ممن لم يتعرض لتلك المسائل ما يصـدق هذا الاجماع فلم يبق للوجه الاول وجه أصلا (وأما الوجه الثاني) ففيه انهم قد قيدوا المطلق بمفهوم الصـفة في كفارة الظهار فاذا لم يكن مفهوم الصفة حجة كيف يقيدون بها المطلق وحكي في حاشـية الزبدة عن المصنف في نهاية الاصول الاجماع على حجية مفهوم الصفة اذا كانت في مقابلة مطلق كاعتق رقبة مؤمنة لا في مثل جاء العالم (وقد أجاب) عنه في القوانين بان مفهوم اعتق رقبة مؤمنة عدم وجوب عتق غير المؤمنة لا حرمة غير المؤمنة (وفيه) ان النظر الى الاجزاء وبراءة الذمة وتظهر الثمرة فيما اذا أعتق الكافرة (سلمنا) لكن ماذا يقول فيما اذا قال يجزي عتق الرقبة المؤمنة أو يجوز عتق الرقبة المؤمنة (سلمنا) لكنهم قد أطبقوا على أن المخصص المتصل هو الاستثناء المتصل والغاية والصفة والشرط وبدل البعض فقد جعلوا التخصيص بالصفة كالاستثناء بالا قالوا ان المخرج في قولنا اكرم الرجال العلماء هو غير العلماء ومعناه أنهم غير مكرمين كما اذا قال أكرم العلماء لا الجهال فان الجهال غير مكرمين لا انهم مسكوت عنهم كما قال أبو حنيفة قال في (القوانين) المخرج في الاستثناء والغاية هو مابعد اداتيهما وفى الباقيات غير المذكور فقد جعل المخرج بغير الاستثناء من سنخ المخرج بالاستثناء

ولو شرط التبقية الى وقت البلوغ تجهل العقد ولو استأجرها للغرس سنة صح وله أن يغرس قبل الانقضاء فان شرط القلع بعد المدة او لم يشترط جاز القلع ولاارش على احدهما ويحتمل مع عدم الشرط منع المالك من القلع لا الغارس (متن)

وهو اعتراف بحجية مفهوم الصفة فاندفع الوجه الثاني والثالث أيضاً ثم انهم أطبقوا ان منصوص العلة حجة سواء كان صريحاً أو ظاهراً كما في قولهم اكرم العالم وأهن الجاهل وهو اعتراف بحجية مفهوم الصفة ﴿ قوله ﴾ ولو شرط التبقية الى وقت البلوغ تجهل العقد ﴾ أي و بطل كما في المبسوط والتذكرة والتحرير وجامع المقاصد لان محل البلوغ يحتمل الزيادة والنقصان فيتحقق باشتراطه الجهالة في العقد لان التراضي به انما كان مع الشرط المتعلق بمجهول مع اشتماله على الناقص فان تقدير المدة يقتضي النقل بعدها وشرط التبقية يخالفه وانه لا يبقى لتقدير المدة حينئذ فائدة ووجه البطلان في المبسوط بانه عقد الاجارة على أن ينتفع بالارض مدة أخرى وذلك لا يجوز كما لا يجوز أن يستأجر الدار ويشترط أن ينتفع بدار أخرى للمكري انتهى وقد تقدم لنا انه لامانع من ذلك وانما الممتنع أن يشترط تمليكه رقبة داره الاخرى واذا فسد العقد فللمالك منعه من الزراعة لكن لو زرع لم يقلع مجاناً للاذن منه في ذلك من المالك بل يؤخذ منه أجرة المثل لجميع المدة ولا يلتفت الى ما سماه لبعضها وفي (المبسوط) ان عليه أجرة المثل لتلك المدة ﴿ قوله ﴾ ﴿ ولو استأجرها للغرس سنة صح وله أن يغرس قبل الانقضاء ﴾ يجوز الاستئجار للغرس مدة معينة قليلة كانت أو كثيرة بلا خلاف بين العلماء كما في جامع المقاصد وقال في (التذكرة) يجوز الاستئجار للغرس أو البناء سنة ومازاد وما نقص بلا خلاف نعلمه بين العلماء وقد نبه المصنف بالحكمين المذكورين على ان الاستئجار للغرس يخالف الاستئجار للزرع (أما الاول) فبان استئجارها للغرس سنة يخالف استئجارها للزرع مدة لا يدرك فيها فان في الثانية تأملا وكلاما كما تقدم لان للزرع مدة تنتظر ولا يكمل بدونها وهي المقصودة غالبا بخلاف الغرس فانه للتأبيد فلا تتفاوت فيه المدة قصيرة كانت أو طويلة وان كان يبقى في الطويلة جداً لكن ليس لقيامه جملة أمد معلوم عادة (وأما الثاني) فبانه اذا استأجرها للزرع مدة تكفيه ثم تراخى الى ان بقي منها ما لا يكفي فانه يحتمل منعه حينئذ من الزرع ولا كذلك الغرس لما تقدم من ان ليس له أمداً ينتظر دون انتهائه ﴿ قوله ﴾ ﴿ فان شرط القلع بعد المدة أو لم يشترط جاز القلع ولا ارش على أحدهما ويحتمل مع عدم الشرط منع المالك من القلع لا الغارس ﴾ هذه المسئلة قد ذكر أقسامها في المبسوط مجملة وفصلها في التذكرة تفصيلا وافيا واختصره في جامع المقاصد وملخصها انهما اما أن يشترطا القلع بعد السنة أو التبقية أو يطلقا بان يسكتا عنها فان كان الاول صح العقد والشرط فيؤمر المستأجر بالقلع بعد السنة وليس على المالك ارش النقصان ولايجب على المستأجر تسوية الحفر ولا أرش نقصان الارض لو كان لمكان الشرط ولا كلام ولا اشكال لاحد في ذلك وانما استشكل في التحرير في مؤنة القلع أهي على الغارس أم المالك ولا ترجيح أيضا في التذكرة وانما حكى فيها للشافعية وجهين (أحدهما) انه على المؤجر لانه اختياره (اختاره خ ل) وأصحهما انه على المستأجر لانه الذي شغل الارض فيفرغها (قلت) الظاهر انها على الغارس لانه انما قضى الشرط بالاذن له على وجه لايدخل عليه فيه ضرر فكان كالاذن في رد العارية حيث يحتاج الى مؤنة فانها على المستعير

دون المبير وكان أيضا كما لو استأجر داره لتربية فصيله فكبر واحتيج الى نقض باب الدار فان على المستأجر رده واصلاحه وليس الاذن في ذلك اذنا في نقض الباب (وعساك تقول) ان هذا من قبيل نقض الارض الذي لايضمنه (لانا نقول) انه ليس به لانه يمكن وصول الفصيل اليه بغير النقض كذبحه واخراجه من أعلى الجدار وغير ذلك وان اتفقا على الابقاء بأجرة أو مجانا جاز لان الحق في ذلك اليهما وان شرطا التبقية بعد السنة لم يصح العقد والشرط لمكان الجهالة كما تقدم ولا تأمل لاحد منا في ذلك وللشافعية قول بالصحة لان لاطلاق يقتضي الابقاء عندهم فلا يضر شرطه وكلاهما ممنوعان وان أطلقا صح العقد كما في المبسوط والتذكرة والتحرير وجامع المقاصد وظاهر الاخير الاجماع عليه وهذا القسم هو المراد من العبارة وحينئذ فان اختار المستأجر القلع كان له ذلك بلا خلاف لانه ملكه فكان له أخذه وقد صرح في المبسوط والتحرير ان عليه طم الحفر وزاد في التذكرة ان عليه الارش أيضا ان نقصت الارض واختار المصنف هنا انه لا ارش عليه وفي (الايضاح) انه أصح وفي (جامع المقاصد) انه أقوى وحكاه في الاخير عن التحرير والموجود في نسختين موافقة المبسوط مستندين الى أن تحديد المدة في الاجارة يقتضي التفريغ بعدها فكان مأذونا فيه بهذا الاعتبار بخلاف ما لو قلع في أثناء المدة (قلت) قد توقف في مثله في جامع المقاصد في باب العارية والتحديد بالمدة والاذن لا يقتضيان بالتفريغ مجانا اذ الظاهر انه انما أذن له على وجه لا يدخل عليه فيه ضرر كما مرّ آنفا ويكفي في ذلك الشك اذ الاصل في الجناية على مال الغير الضمان الا أن يعلم عدمه وشرط التمسك بأصل البرءة أن لا يكون في مقام الاضرار بمسلم لان العقل والشرع قضيا بنفي الاضرار (وليس لك) أن تقول ان الدال على اقتضاء الاذن التلازم الخارجي كما هو الشأن في مقدمة الواجب (لانا نقول) شرط ذلك القطع العقلي والعرفي واليه يؤول نظر المستدل ولا قطع هنا بل ولا ظنا عرفيا لانه يصح أن يتفقا على ابقائه بأجرة أو مجانا ولو كان من باب التلازم الخارجي لما صح ذلك كما تقدم بيان ذلك كله مفصلا في باب العارية بل لو لم يظهر من اتفاق الكلمة في البابين على انه لو اشترط القلع لم يجب عليه شيء لكان القول بالوجوب قويا لما عرفت فتأمل جيداً وأما المالك فان اختار القلع فهل يجبر المستأجر عليه لو امتنع أم لا في المبسوط انه لا يجبر لان الاطلاق يقتضي التأبيد لان الغراس يراد للتأبيد على مقتضى العرف وانما يخير المالك بين الامور الثلاثة الآتية وقضيته اختيار الكتاب والايضاح وجامع المقاصد ان له القلع مجانا انه يجبره عليه لان استحقاق القلع يقتضيه لانه فرع عدم استحقاق الابقاء فيكون الابقاء ظلما وقد نسب ذلك في جامع المقاصد الى التحرير مع ان ظاهره التوقف والتردد لعدم الترجيح حيث اقتصر على حكاية قول الشيخ كما قد يظهر التوقف من التذكرة وقد يدعى أنه يظهر منها الميل الى ما في الكتاب أو القول به ووجه خيرة الكتاب الاصل وعدم حصول انتفاع المالك الا بالقلع ولا يجب على الانسان عوض على تحصيل الانتفاع بملكه وان تقدير المدة في العقد يقضي بالتفريغ عند انقضائها كما لو استأجرها للزرع وان مدة استحقاق المنفعة قد انقضت فلا حق للغارس ووجه عدم الاجبار ووجه الاحتمال المذكور في العبارة لان كانا بمعنى واحد هو أنه غرس محترم لم يشترط قلعه في متن العقد وقد صدر باذن مع دلالة مفهوم قوله عليه السلام ليس لعرق ظالم حق ويجوز أن يكون فائدة التحديد بالمدة منع احداث الغرس بعدها ورده جماعة بان الغرس بعد انقضاء مدة الاستحقاق ليس بمحترم وليس بحق وزاد في التذكرة أنه لو كان مستحقاً للابقاء لم تجب الاجرة

فيتخير بين دفع قيمة الغراس والبناء فيملكه مع أرضه وبين قلعهما مع تمام ارش النقص وبين ابقائهما باجرة المثل (متن)

(وفيه) أنه ربما كان مستحقاً للابقاء بالاجرة لا مطلقاً قالوا واما تجديد المدة فمعلوم أنه لارادة تعيين قدر المنفعة المستحقة بالتعيين اذلا يتعين ذلك لا بالزمان وأما دلالة المفهوم فضعيفة (قلت) في دلالة المفهوم المتلقى بالقبول ما يقوي ما في المبسوط مضافا الى ان الاصل في الجناية على مال الغير الضمان كما تقدم وقد قالوا في المهذب اذا غرس وبنى ورجع الواهب أنه يجب عليه قبول الاجرة وفي (الخلاف والمبسوط والغنية والسرائر والتذكرة) ان للشفيع اجبار المشتري على القلع اذا رد عليه ما نقص وقد أطبقوا جميعاً على ان المعير لو رجع بعد البناء أو الغرس أو الزرع فانه يجاب بشرط دفع ارش النقص وحكي عليه الاجماع وطفحت عباراتهم في باب الصلح من غير فرق بين ما اذا كانت العارية مطلقة غير مقيدة بمدة أو موقتة بامد معين كما تقدمت الاشارة اليه آنفاً وقد قصر المالك بعدم اشتراط القلع ومنه يعرف الحال فيما يقع كثيراً في هذه الازمان وهو ما اذا أجره البطن الاول الموقوف عليهم مدة معلومة للبناء أو الغرس فبنى أو غرس ثم مات البطن الاول وقام البطن الثاني قبل انقضاء المدة أو بعدها فهل لاهل البطن الثاني قلع الغرس ورفع البناء من دون ارش ام لا بد من الارش وجهان كما عرفت اذ لو كان الموت بعد انقضاء المدة كانت المسألة عين ما نحن فيه ولو كان قبلها كانت من فروعها ﴿قوله﴾ ﴿فيتخير بين دفع قيمة الغراس والبناء فيملك مع أرضه وبين قلعهما مع ارش النقص وبين ابقائهما اجرة المثل﴾ هذا تفرع على قوله ويحتمل منع المالك من القلع وانه لا يجبر المستأجر عليه كما هو خيرة المبسوط قال وان لم يرد المكتري قلعها كان المكرى بالخيار بين ثلاثة أشياء بين أن يغرم له قيمته ويجبر المكتري على أخذها فتحصل له الارض بغراسها و بين أن يجبره على قلعها بشرط أن يغرم له ارش ما ينقص القلع و بين أن يتركها و يطالب بالاجرة وصريح كلام المبسوط والخلاف ان المستأجر يجبر على أخذ القيمة وقد سمعت آنفاً أنه استدل عليه في الخلاف بالاجماع و بروايات أصحابنا و بمفهوم الخبر المشهور أو بخبر عائشة عن النبي صلى الله عليه وآله وسلم وقد توقف فيه في التحرير والحواشي وجزم بانه لا بد من رضاه في التذكرة وجامع المقاصد وهو خيرة المختلف والايضاح والكتاب في باب العارية وتأمل فيه في الكتاب والدروس في باب الشفعة وفي (الايضاح) في الباب المذكور ان التوقف على الرضا أصح وانه مذهب جمهور أصحابنا ونسبه في جامع المقاصد الى الاكثر وقواه هو وصاحب المسالك وقلنا هناك انه قضية كلام الشرائع والتذكرة والتحرير وقلنا أيضا انا لم نجد له ذكراً في باب الشفعة في غير ما ذكر وقد اختار في المبسوط في الباب المذكور ما اختاره هنا ولعله أراد في الخلاف بروايات أصحابنا ما أوردناه في آخر باب الغصب مما رواه ثقة الاسلام موثقا في رجل اكترى داراً وفيها بستان فزرع في البستان وغرس نخلا واشجاراً وفواكه وغير ذلك ولم يستأمر صاحب الدار في ذلك فقال عليه السلام عليه الكرى ويقوم صاحب الدار الغرس والزرع قيمة عدل ويعطيها الغارس وقد اختلفت الرواية من هنا (ففي الكافي) وان كان استأمره فعليه الكرى وله الغرس والزرع يقلعه و يذهب به حيث شاء وفي (الفقيه والتهذيب) ان كان استأمره وان لم يكن استأمره فعليه الكرى الى آخره فقد ترك الوافي رواية الكتابين فالخبر برواية الفقيه والتهذيب دال على مذهب الشيخ في المقام والعارية والشفعة و برواية

وان استأجر للسكنى وجب مشاهدة الدار أو وصفها بما يرفع الجهالة وضبط مدة المنفعة والاجرة

الكافي يوافق مذهب أبي علي في باب الغصب من ان لصاحب الارض ان يرد ما خسره الزارع ويملك الزرع وهو خيرة أحمد مستندا الى خبر رافع بن خديج عن النبي صلى الله عليه وآله من زرع في أرض قوم بغير اذنهم فليس له من الزرع شيء وله نفقته ونحوه خبره الآخر وقد قوى جماعة في مسئلة الصبغ مذهب أبي علي كالمصنف في المختلف والمقداد والاستاذ وابن اخته (وأما الشق الثاني) وهو القلع مع ارش النقص فقد سمعت ما حكيناه آنفاً عن الخلاف وما ذكرناه بعده من ان الشفيع اجبار المشتري على القلع اذا رد عليه ما نقص كما قد سمعت ما حكيناه من اطباقهم على وجوب الارش اذا رجع المعير بعد الغرس والبناء (وكيف كان) فوجهه واضح لان فيه جمعاً بين الحقين وطريق معرفة الارش هنا أن يقوم قائما بالاجرة ومقلوعا فالتفاوت بين القيمتين هو الارش وأما الابقاء باجرة المثل فظاهر كلام المبسوط ان له ذلك وان لم يرض المستأجر وقد يظهر من التحرير موافقته وفي (الحواشي) انه مشكل وفي (التذكرة وجامع المقاصد) أنه لا بد من رضاه ولم يتعرضوا لهذا الشق في باب الشفعة ولم يحكوا في التوقف على التراضي لو اراد الابقاء بالاجرة في العارية عن الشيخ خلافا بل في الايضاح هناك الاجماع عليه لكن كلام المصنف هنا يشعر بان هناك مخالفاً حيث قال الاقرب توقف الابقاء بالاجرة على التراضي (وكيف كان) فلا ريب هنا في توقف الابقاء على التراضي اذ ليس هناك ما يدل على عدم اعتباره من دعوى اجماع أو أخبار أو غير ذلك الا أنه يلزم من قلعه التصرف في أرض الغير بغير اذنه وليس لك أن تقول ان تحديد المدة في متن العقد يقتضي الاذن في التفريغ لانا قد قلنا أنه انما اقتضاه على وجه لا ضرر فيه على المالك فلا دلالة فيه على الاذن مطلقا الا أن تقول ان ذلك لا يقضي بوجوب الابقاء على المستأجر بالاجرة ان اختاره المالك اذ له أن يقلعه مع عدم ارش النقص فلا بد من التراضي وقد استدل عليه (١) في جامع المقاصد بان البقاء لو كان واجبا لكان وجوبه لكونه حقا للمستأجر فلا يمنع من القلع فكيف يمنع منه بدون التفريغ وهو كما ترى لم يتضح لنا وجهه ولا معناه فليلحظ

﴿ قوله ﴾ ﴿ وان استأجر للسكنى وجب مشاهدة الدار أو وصفها بما يرفع الجهالة ﴾ قد تقدم لنا في أوائل المطلب الاول عند قوله وتصح اجارة العقار مع الوصف والتعيين لا في الذمة انهم اتفقوا على صحة اجارة الدار بالمشاهدة وانهم اختلفوا في صحتها مع الوصف وان الشيخ في المبسوط وجماعة اطلقوا الاكتفاء بالوصف وان المصنف والمحقق الاول والثاني فصلوا فقالوا ان وصفت بالصفات الجامعة الوافية بصفاتها الشخصية صحت وان وصفت بصفات السلم لا تصح لانه لا يجوز اجارة دار موصوفة بالذمة وقد قال المصنف في أول المطلب المذكور لا بد من المشاهدة أو الوصف ان أمكن والا وجبت المشاهدة فاعترضه في جامع المقاصد بان كل شيء يمكن وصفه بما يرفع الجهالة اما ما يمكن السلم فيه فظاهر وأما غيره فانه انما يوصف فيه الشخصي ولا ريب ان الموجود الشخصي يمكن تتبع جميع صفاته وان كثرت وقد أجيب عنه بانه قد يكون لعدم معرفة المؤجر بالوصف أو لعدم رؤيته لها أو لعدم امكان ضبط بعض الاعيان بالاوصاف كما هو مختار المصنف في التذكرة كما تقدم الكلام مسبغا ﴿ قوله ﴾ ﴿ وضبط مدة المنفعة والاجرة ﴾ قد تقدم الكلام مستوفى ان لتقدير المنفعة طريقين (الاول) الزمان

(١) أي اعتبار رضا المستأجر (منه قدس سره)

ولو استأجر سنتين باجرة معينة ولم يقدر لكل سنة قسطا صح ولو سكن المالك بعض المدة تخير المستأجر في الفسخ في الجميع أو في قدر ماسكنه فيسترد نصيبه من المسمى وفي امضاء الجميع فيلزمه المسمى وله أجرة المثل على المالك فيما سكن (متن)

وذلك فيما لا يمكن ضبطه الا به كالسكنى والارضاع (والثاني) العمل كما تقدم الكلام كذلك في انه يشترط أن تكون الاجرة معلومة بالمشاهدة أو الوصف الرافع للجهالة وأنه ان كان مكيلا أو موزونا وجب معرفة مقداره بذلك وان في الاكتفاء بالمشاهدة نظرا ﴿ قوله ﴾ (ولو استأجر سنتين باجرة معينة ولم يقدر لكل سنة قسطا صح) قال في (التذكرة) اذا كانت المدة أكثر من سنتين لا يجب فيها تقسيط الاجرة عند علمائنا اجمع وفي (المسالك) نفي الخلاف عنه ولعلهما استفادا ذلك من اطلاقاتهم اذ الاطلاق حجة وبذلك جزم في الشرائع والتحرير والارشاد وجامع المقاصد والروضة (١) والمسالك ومجمع البرهان وفي (المبسوط) انه اقوى وهو أصح قولي الشافعية وقد نبه اصحابنا بذلك على القول الثاني لهم حيث اوجبوا تقسيط الاجرة في متن العقد على اجزاء المدة ان كانت سنتين فصاعدا حذراً من الاحتياج الى تقسيط الاجرة على المدة على تقدير تطرق الانفساخ لتلف العين وغير ذلك مما يشق أو يتعذر ويبطله الاجماع على عدم وجوب التقسيط في السنة الواحدة فما دون مع ورود ما ذكروه فيه وتظهر الفائدة فيما اذا قسطا بان قال في متن العقد نصف الاجرة لنصف المدة وعشرها لعشرها فانه لو كان الفائت نصفاً يكون الساقط من الاجرة نصفاً وان كان الفائت أكثر نفعاً من الباقي أو أقل بخلاف ما اذا لم يقسط في متن العقد فان المسمى يقسط على جميع المدة كما في المسالك وكذا مجمع البرهان (وليعلم) ان عبارة الكتاب تعطي انه لو قدر لكل سنة قسطا لم تصح وهو خلاف المراد قطعا ومثله مايفهم من عبارة التذكرة ﴿ قوله ﴾ (ولو سكن المالك بعض المدة تخير المستأجر في الفسخ في الجميع أو في قدر ماسكنه فيسترد نصيبه من المسمى وفي امضاء الجمع فيلزمه المسمى وله أجرة المثل على المالك فيما سكن) قد تقدم في الشرط السادس للمصنف انه لو منعه المؤجر من التصرف في العين فان الاقرب تخيره بين الفسخ فيطالب بالمسمى وبين الامضاء فيطالب بأجرة المثل وهو خيرة خمسة عشر كتابا تصريحا وظهوراً وفي سبعة كتب انه لاخيار له وان العقد ينفسخ وظاهر اطلاقهم انه لا فرق في كون ذلك قبل القبض أو بعده الأن بعضهم قيد ذلك بما اذا كان ذلك قبل القبض وظاهرهم انه منعه من العين تمام المدة سواء كان قد استوفى جميع مافيها أو بعضها انقضت المدة أم لا واحتمل هناك المحقق الثاني فيما اذا منعه المؤجر من التصرف بعض المدة ثم سلمه العين ان له الفسخ في الماضي خاصة احتمالا وقلنا له ان المصنف هنا جزم به وأنت وافقته عليه لان فوات المنفعة سبب للرجوع الى المسمى والفوات في هذه الصورة مختص بالمنفعة الماضية فاستحق الفسخ فيها ولا يقدح تبعيض الصفقة على المؤجر لانه عاد غاصب جاءه ذلك من قبله فان فسخ وجب التقسيط على نحو ماسبق فيسترد نصيب ماسكنه المالك وقد قضت هذه العبارة باطلاقها انه لا فرق في ثبوت الخيار للمستأجر بين كون سكنى المالك قبل القبض أو بعده وبه صرح في موضعين من التذكرة (أحدهما)

(١) الذي وجدناه في نسختين الروض فابدلناه بالروضة (مصححه)

وله أن يسكن المساوي أو الاقل ضرراً الا مع التخصيص ويضع فيه ماجرت عادة الساكن من الرحل والطعام دون الدواب والسرجين والثقيل على السقف (متن)

قوله لو استأجر الدار سنة فسكنها شهراً ثم تركها وسكنها المالك بقية السنة ان المستأجر يتخير بين الفسخ في باقي المدة والامضاء وإلزام المالك بأجرة المثل وهو أيضا صريح المحقق الثاني هنا وهو ظاهر اطلاقهم في العبارة التي ذكرناها في صدر هذه المسئلة لكن ظاهر اطلاقهم في قولهم لو كان الغصب بعد القبض لم تنفسخ الاجارة لم تبطل الاجرة أي لم يتسلط على الفسخ يخالف ذلك الا أن يخص هذا بغصب الاجنبي لانه قد ذكر ذلك في أثناء الكلام على أحكامه لكن قد قال المحقق الثاني هناك والشهيد الثاني في كتابيه ان الظاهر عدم الفرق في ذلك بين مالو كان الغاصب هو المؤجر أو غيره وقد قلنا هناك كلام المصنف هنا في ردها مع ان المحقق الثاني جزم بذلك هنا كما عرفت وقد قلنا لعل الوجه في ذلك ان المنافع لما كانت معدومة لا يمكن تسليمها دفعة كان كل غصب من المالك للعين غصبا قبل القبض وان كان بعده بخلاف الاجنبي فان الواجب على المؤجر تسليم العين الى المستأجر وقد حصل وليس عليه أن لا يغصب فليلاحظ ذلك وليتأمل فيه هذا واذا أمضى الجميع لزمه المسمى وله أجرة المثل على المالك فيما سكن لانه عوض المنفعة المستحقة وان زادت عن المسمى ولو نقصت عنه ففي (التحرير) ان الاقرب انه لا يضمن الزائد وهو حسن كما في جامع المقاصد كما تقدم بيانه في الشرط السادس ﴿ قوله ﴾ ﴿ وله أن يسكن المساوي أو الاقل ضرراً الا مع التخصيص ﴾ يريد انه لو استأجر الدار للسكنى من دون تعيين الساكن ملك منافع سكناها فله أن يسكن بنفسه ومن شاء معه من عياله ومن يتبعه وغيرهم ممن يساويه في الضرر أو يحط عنه فيه ولا يمنع من دخول زائر وضيف ونحوهما لانه لا يجب تعيين الساكنين ولا ذكر عددهم وصفهم من رجال ونساء وصبيان ولا نعلم في ذلك كله خلافا كما في التذكرة ولا يجب ذكر السكنى وصفتها قال في (التذكرة) يجوز اطلاق العقد كأن يستأجر الدار ولا يذكر انها للسكنى لانها لا تؤجر الا للسكنى فيستغنى عن ذكرها كاطلاق الثمن في بلد معروف النقد قال ولا تقدر منفعتها الا بالسكنى لانها غير منضبطة كذا وجدنا والظاهر انه أثبت السكنى بعد الزمان سهواً ونحو ذلك كله ما في التحرير وجامع المقاصد وأما مع التنصيص على التخصيص كأن يقول له لتسكن أنت بنفسك لا غيرك فانه يصح الشرط قطعا وليس له اسكان غيره أصلا ماعدا الضيف والزائر على الظاهر (وأما) اذا قال له لتسكنها أنت بنفسك فظاهر العبارة كما هو صريح جامع المقاصد ان الحكم كذلك وصرح في التذكرة فيما اذا استأجرها لزرع حنطة أو نوع بعينه حيث جوز له التخطي الى المساوي أو الاقل ضررا انه يجوز التخطي في الاستئجار لسكناه الى المساوي والاقل ضرراً لان المعقود عليه فيهما منفعة مقدرة وقد تعينت أيضا ولا يتعين ماقدرت به كما لا يتعين المكيال والميزان في المكيل والموزون وكما اذا ثبت له حق في ذمة انسان كان له أن يستوفيه بنفسه أو بمن ينوب عنه فكذلك هنا بخلاف مالو عين الدراهم او المركوب لان الدراهم معقود عليها فعينت بالعقد وفي مسئلتينا (مسئلتنا خ ل) المعقود عليه المنفعة دون المستأجر والمزروع ولهذا لو لم يسمه في العقد كان جائزاً فليتأمل جيدا ﴿ قوله ﴾ ﴿ ويضع فيه ماجرت عادة الساكن من الرحل والطعام دون الدواب والسرجين والثقيل على السقف ﴾ هذا كله لا نعلم فيه خلافا كما في التذكرة وبذلك كله صرح في التحرير وجامع المقاصد وفيها انه لا يسكنها من يضر بها

وله ادارة الرحى في الموضع المعتاد فان لم يكن لم يكن له التجديد ويجوز استئجار الدار ليعمل مسجداً يصلى فيه ﴿ الفصل الثالث في الاحكام ﴾ اذا استأجر الى العشاء أو الى الليل فهو الى غروب الشمس (متن)

كالقصار والحداد قال في (التذكرة) وبالجملة لا يضع فيها شيئاً يضر بها الامع الشرط قال به الشافعي وأصحاب الرأي ولا نعلم فيه خلافاً وقد قيد في جامع المقاصد الطعام بكونه لقوته وما جرت العادة به لان الفار يفسد أرضها وحيطانها ولا يجوز حملها محرزا للتمر الا برضا المالك وهل يلحق الدجاج والاوز بالدواب وجهان ولعل الاقرب العدم عملا بحكم العادة ﴿ قوله ﴾ (وله ادارة الرحى في الموضع المعتاد فان لم يكن لم يكن له التجديد) له ادارة الرحى مثبتة كانت أو غير مثبتة على حسب العادة لا بدونها في الموضع المعتاد لان جرت العادة باثباتها في تلك الدار لا في غيره وان لم تجر فيها العادة فلا بد من الاشتراط لانه مع كونه على خلاف العادة يحتاج الى تجديد شيء من البناء ﴿ قوله ﴾ (ويجوز استئجار الدار لتعمل مسجدا) كما في الخلاف والمبسوط والشرائع والتذكرة والتحرير والارشاد وجامع المقاصد والروض والمسالك ومجمع البرهان لان ذلك غرض مقصود محلل متقوم وقد نسبه الى الامامية في كشف الحق وفي (التذكرة وجامع المقاصد والمسالك) أنها لا يثبت لها حرمة المسجد فيكون المراد انه يعدها للصلوة فيكون اطلاق الاسم عليها مجازا باعتبار انه يثبت لها ما يقصد من المسجد وقد يقال لادليل على اشتراط كون الاصل وقفا فلو أن رجلا استأجر داراً مائة سنة ليجعلها مسجدا فالظاهر ثبوت الحرمة لها كما هو ظاهر اطلاق العبارات هنا واليه مال المولى الاردبيلي وقد أتى في التذكرة فيما حكيناه عنه بلفظ الاقرب لكن ظاهر كلامهم في باب الوقف وصريح كلامهم في باب الصلوة انه لابد في المسجدية من كون الاصل وقفا بل الاجماع معلوم على ذلك في باب الصلوة والمتعة لا تكون وقفا فكان كالمسجد الذي يتخذه الانسان في داره وحكى في المبسوط الخلاف في ذلك وأراد بين العامة ولعله أراد أبا حنيفة فانه قال لا يجوز لان فعل الصلوة لا يجوز استحقاقه بعقد اجارة بحال فلا يجوز الاجارة لذلك وهو مغالطه لان الصلوة اذا استأجره عليها لا يصح لانها لاتقبل النيابة فلا ينتفع بها المستأجر ولا كذلك استئجار البقعة لها الامور

﴿ الفصل الثالث في الاحكام ﴾

﴿ قوله ﴾ (اذا استأجر الى العشاء أو الى الليل فهو الى غروب الشمس) كما في التذكرة والتحرير وجامع المقاصد (أما الاول) فلان العشاء تسمى العشاء الاخيرة وذلك يدل على ان الاولى هي المغرب وهو في العرف كذلك كما في التذكرة فاذا أقتت المدة في الاجارة بالعشاء حمل الإطلاق على أول الوقت كما اذا أقتت بشهر كذا فانه يحمل على أول الشهر وعن أبي حنيفة وأبي ثور ان العشاء آخر النهار وآخر النهار النصف الاخير من الزوال فآخر المدة في امثال زوال الشمس وفي (التذكرة) ان أهل العرف لا يعرفون ذلك وهو كذلك فلا يتعلق به حكم وان قال في القاموس العشاء أول الظلام أو من المغرب الى العتمة أو من زوال الشمس الى طلوع الفجر ولعله استند في الاخير الى ما استنداليه أبو (١) وأبو ثور كما عرفت وهو مارواه عن أعني ذا اليدين عن أبي هريرة وان شئت

---

(١) يعني أبا حنيفة الجناس الموافق للواقع (منه قدس سره)

وكذا العشي الا ان يتعارف الزوال ولو قال الى النهار فهو الى أوله ولو قال نهاراً فهو من الفجر الى الغروب وليلا الى طلوع الفجر واذا نمت الاجرة المعينة في يد المستأجر فالنماء للمؤجر ان كان منفصلا فان انفسخت الاجارة ففي التبعية اشكال (متن)

قلت أبو عن أبي هريرة (وأما الثاني) فلانه يحمل على أوله فيكون الغاية في الموضعين غروب الشمس ﴿ قوله ﴾ (وكذا العشي) أي اذا أقتت المدة بالعشي فهو الغروب أيضا كما في الكتب الثلاثة المتقدمة عملا بالمتعارف وستسمع خلافه ﴿ قوله ﴾ (الا أن يتعارف الزوال) أي الا أن يكون المتعارف ان العشي زوال الشمس وفي (التحرير) ان احتمال الزوال ضعيف (قلت) قد قال الله تعالى بالعشي والابكار بكرة وعشيا وعن المغرب انه ما بين زوال الشمس الى غروبها وفي (مجمع البحرين) ان المشهور انه آخر النهار وفي (القاموس) صلاتا العشي الظهر والعصر والعشية آخر النهار وفي (الاخبار) وشعاء عرفه والاشعار ما يدل على ان العشية آخر النهار وفي (الصحاح) ان العشي والعشية من صلوة المغرب الى العتمة ومن البعيد جدا احتمال أن يكون الاستثناء راجعا اليه والى العشاء كما عرفت والظاهر ان العشي غير العشاء فلا يتم ما ذكره المصنف كما انه غير العشية خلافا للصحاح في الاخير وبعد ذلك كله فالمدار على ما تعارف عند المتعاقدين واصطلحا عليه ﴿ قوله ﴾ (واذا قال الى النهار فهو الى أوله) كما في التحرير وجامع المقاصد لان الانتهاء الى أوله يصدق معه الانتهاء اليه ﴿ قوله ﴾ (ولو قال نهارا فهو من الفجر الى الغروب وليلا الى طلوع الفجر) في التذكرة والتحرير انه ان استأجره نهارا فهو الى غروب الشمس وان استأجره ليلة فهي ليلة فهي الى طلوع الفجر وفي (التذكرة) الاجماع على الامرين معا ولم يذكر في الكتابين أنه من الفجر فيحتمل أنه من طلوع الشمس وقد ذكر فيهما الليلة دون الليل وفي (القاموس والمصباح ومجمع البحرين) وغيرها هو ضياء ما بين طلوع الفجر الى غروب الشمس وفي (القاموس) أو من طلوع الشمس الى غروبها وفي (المصباح ومجمع البحرين) ربما توسعت الناس فاطلقت النهار من وقت الاسفار الى الغروب وهو في عرف الناس من طلوع الشمس الى غروبها انتهى كلامهما هذا وقال في (التذكرة) لو استأجره يوما دخل الليل والنهار قلت لكن العرف لا يعرف ذلك وفي اخبار التقصير ما يدل على انه مرادف النهار ﴿ قوله ﴾ (واذا نمت الاجرة المعينة في يد المستأجر فالنماء للمؤجر ان كان منفصلا) قد تقدم انه يملك الاجرة بنفس العقد معينة كانت او في الذمة فاذا كانت معينة كما اذا عيناها في متن العقد أو عين المستأجر ما في ذمته في شيء وقبضه المؤجر وكالته عنه فنماؤها المنفصل كالولد والثمن في يد المستأجر في الصورتين للمؤجر لانه تابع للملك ولا ريب ان المتصل كذلك اذ لم يكن فسخ ومعه يتبع العين في الرجوع الى ملك المستأجر لانه جزء من المسمى حقيقة فيمتنع الانفساخ في البعض دون البعض لان من ملك شيئا ملك أجزاءه كما هو الشأن في أحد الموضعين في البيع اذا زاد زيادة متصلة وانفسخ البيع فانها تتبع الاصل فلذلك قيد المصنف بما اذا كان منفصلا ولم يتأمل في ذلك أحد في المقام ممن تعرض له كولده والشهيد والمحقق الثاني وذكر يد المستأجر للتنصيص على ثبوت الحكم في موضع مظنة كونه له أي المستأجر ﴿ قوله ﴾ (وان انفسخت الاجارة ففي التبعية اشكال) أقواه عدم التبعية كما في الايضاح وكذا الحواشي وهو الاصح كما في جامع المقاصد لانه نماء حصل في ملكه فليختص

بخلاف المتصلة وظهور البطلان فانها تابعة فيهما والاقرب عدم ايجاب الخيوط على الخياط (متن)

به وليس سبب ملكه سبب ملك الاصل حتى يعود كعوده اذ سبب ملك النماء انما هو ملك الاصل في وقت حصول النماء وهذا لم يزل للاصل والاستصحاب نعم لو كان سبب ملكه عقد الاجارة كما انه السبب في ملك الاصل لزال بزواله كالاصل ومنه يظهر ضعف الوجه الثاني للاشكال من انه انما دخل في ملكه بتبعية الاصل وقد خرج الاصل عن ملكه فليتبعه النماء لمنع الكبرى كما عرفت نعم لو دخل بما دخل به الاصل كان حقا واستوضح ذلك في نماء المبيع في زمن الخيار اذا فسخ ذو الخيار العقد فان ظاهرهم الاجماع على انه للمشتري من دون اشكال ولا خلاف قال في (الذكرة) واسترد البائع المبيع دون النماء عندنا ونسب الخلاف الى اقاويل العامة ولا ريب في فساد احتمال ان الفسخ برفع العقد من أصله في البابين كما تقدم في بيانه في محله ﴿ قوله ﴾ ﴿ بخلاف المتصلة وظهور البطلان فانها تابعة فيهما ﴾ قد تقدم في البيع ان النماء المتصل المتجدد عند المشتري كالسمن ونحوه تابع للمبيع وانه ان حصل فسخ كان للبائع من غير خلاف ولا اشكال وكذلك الحال في نماء الاجرة هنا ولا خلاف فيه ولا اشكال ممن تعرض له كالمصنف وولده الشهيد والكركي ووجهه ما سمعته آنفا واليه اشار بقوله بخلاف المتصلة أي الزيادة المتصلة المتجددة عند المؤجر فعبر عن النماء المتجدد بالزيادة المتصلة واما اذا ظهر بطلان عقد الاجارة لوجه من الوجوه فلا ريب في بقاء كل من العوضين على ملك مالكه والنماء له سواء كان متصلا أو منفصلا واليه أشار بقوله وظهور البطلان اي بخلاف ظهور البطلان فالضمير المفرد راجع الى الزيادة مطلقا حصل فسخ ام لا كما في المتصلة متصلة كانت أو منفصلة كما في ظهور البطلان ففيه نوع من الاستخدام والضمير المثنى في فيهما يعود الى المتصلة مطلقا والى ظهور بطلان الاجارة مطلقا ايضا كل بحسبه فكأنه قال فان الزيادة في المتصلة مع الفسخ ودونه وفي ظهور البطلان في المنفصلة والمتصلة تابعة للاجرة المعينة وفي (جامع المقاصد) ان الضمير في المفرد يعود الى المتصلة التي هي صفة لمحذوف وهو النماء بتأويل الزيادة وفي المثنى يعود الى المتصل في الانفساخ والمطلق في ظهور البطلان فليتأمل فيه ﴿ قوله ﴾ ﴿ والاقرب عدم وجوب الخيوط على الخياط ﴾ كما هو خيرة التذكرة في موضع منها والايضاح وجامع المقاصد والروضة وفي موضع آخر من التذكرة والمسالك والروضة ان المرجع الى العرف والعادة فان اختلفت اولم يكن عادة فعلى المستأجر وفي (الحواشي ومجمع البرهان) ان المرجع الى العادة فان اختلفت اولم يكن وجب الشرط والتعيين والا بطلت وفي (السرائر والشرائع والتحرير والارشاد) ان الخيوط والمداد على المؤجر لتوقف الخياطة والكتابة عليهما فيجعلان من باب المقدمة وفي (اللمعة) ان المداد على المؤجر وفي (السرائر) ان الاقلام ايضا على المؤجر والابرة على الخياط والصابون على الغسال والاستناد الى جعله من باب المقدمة لا وجه له اصلا لانه لا تلازم بين استئجاره للخياطة وكون الخيوط عليه ولا دخل فيما نحن فيه لكون الخياطة متوقفة على الخيوط وسيستشكل المصنف في ايجاب الحبر على الناسخ والكش على اللقح والصبغ على الصباغ مع انه قرب هنا في الخيوط عدم الوجوب نظرا الى عدم استمرار العادة بكونها على الخياط بخلاف الحبر والصبغ والكش ولهذا رجح ولده فيما يأتي ان هذه الثلاثة على الكاتب والصباغ والملقح وقد جزم المصنف فيما سلف ان الكحل والدواء على المريض وجزم بجواز اشتراط الكحل على الكحال وقرب اشتراط الدواء على الطبيب وقد قلنا هناك انه لا فرق بين الطبيب والكحال والحق ان المرجع في الجميع الى العادة

واستئجار كل من الحضانة والرضاع لا يستتبع الآخر فان ضمهما فانقطع اللبن احتمل الفسخ لانه المقصود والتقسيط والخيار (متن)

فان لم يكن اواختلفت وجب التعيين كما هومقتضى القواعد ﴿قوله﴾ (واستئجار كل من الحضانة والرضاع لا يستتبع الآخر) قد تقدم له في بحث الآدمي ان الحضانة لاتدخل في الارضاع اذا استأجرها له وتقدم له ايضا مثل ذلك في الشرط الرابع قال ولو استأجر الظئر لارضاع ولده مع الحضانة جاز والاقرب جوازه مع عدمها وقدقلنا هناك في بيان عدم دخولها في الارضاع وبالعكس انهما منفعتان متغايرتان مستقلتان غير متلازمتين ولعله انما اعاده ليرتب عليه ما بعده مع الرد على بعض الشافعية حيث قال ان كلا منهما يستتبع الآخر لانهما لايتولاهما في العادة الا المرأة الواحدة وعلى بعض آخر منهم حيث قال ان الارضاع يستتبع الحضانة دون العكس لان الاجارة انما تقع على المنافع دون الاعيان فانها تابعة وكلاهما ليس بشيء وقال في (الايضاح) ان الحضانة هنا غير التي مرت وهي هنا عبارة عن حفظ الصبي وتعهده بغسله وغسل رأسه وثيابه وخرقه وتطهيره من النجاسات وتكحيله واضجاعه في المهد وربطه وتحريكه في المهد لينام ونحله انتهى (قلت) الحضانة التي مرت هي ماسمعته في المقامين ولم يفسرها أحد بغير ذلك هناك ولعله أراد الاشارة الى قوله في بحث الآدمي وهل يتناول العقد اللبن والحمل ووضع الثدي في فيه الى آخره لان هذا الحمل ووضع الثدي ليس بحضانة لكنه لم يسمهما هو ولا ابوه حضانة فتأمل لكنه هو رتب عليهما أي الحمل ووضع الثدي مايترتب على الحضانة كما ستسمع وقد توسع المصنف في العبارة باطلاق الاستئجار على الحضانة والرضاع وانما هو لهما ﴿قوله﴾ (فان ضمهما فانقطع اللبن احتمل الفسخ لانه المقصود والتقسيط والخيار) الذي فهمه الشهيد في حواشيه فيما عندنا من فسخه والمحقق الثاني ان الاحتمالات ثلاثة متفرعة على الاقوال الثلاثة وبه صرح في التذكرة وهي التي ذكرها في الايضاح في بحث الآدمي وفرعها على الاقوال الثلاثة كما هنا حرفا فحرفا لكنه جعلها احتمالات لا أقوالا وقد جعل هنا في الايضاح المذكور في العبارة احتمالين قال في (التذكرة) اذا استأجر لهما معا صريحا او استأجر للارضاع وقلنا انه يستتبع الحضانة وبالعكس فانقطع اللبن فان قلنا المقصود بالذات اللبن والحضانة تابعة انفسخ العقد عند انقطاع اللبن (قلت) هذا يرشد الى أن المراد بالفسخ في العبارة الانفساخ قال وان قلنا المقصود بالذات الحضانة واللبن تابع لم يبطل العقد لكن للمستأجر الخيار لان انقطاع اللبن عيب وان قلنا ان المعقود عليه كلاهما لانهما مقصودان معا انفسخ العقد في الارضاع وسقط قسطه من الاجرة ويتخير المستأجر في فسخه في الباقي لتبعيض الصفقة وبذلك كله صرح ايضا في جامع المقاصد وقول المصنف لانه المقصود يشهد بذلك بل بدون ذلك لاوجه له لكن الظاهر من العبارة ان الاحتمالات الثلاثة مترتبة على مختاره مع ان الذي يتفرع على مختاره هنا انما هو الثاني فقط اعني التقسيط وعلى مختاره فيما سلف انما هو الاول فقط (وقال في الايضاح) وجه الفسخ انه جعل العوض في مقابلة شيئين قد فات أحدهما فسقط قسطه ولانهما جميعا مقصودان ووجه الاحتمال الآخر أن الاجارة لاتتناول الاعيان الا بالتبعية فالاعيان بمنزلة الصفات المكملة للمقصود وفقدها عيب فيتخير في الفسخ والامضاء بالجميع لان التابع لايقابله جزء من العوض ولاقوى الاول انتهى فقد جعل ذلك احتمالين الفسخ لحكم بالتقسيط والثاني الخيار وفي (جامع المقاصد) لاشك في ان الاول غلط لان المراد حصول الفسخ في

وفي ايجاب الحبر على الناسخ والكش على الملقح والصبغ على الصباغ اشكال ولو قدر المالك على التخليص لم يجبر عليه اذا كان الغصب بعد الاقباض ولا على العمارة سواء قارن العقد الخراب كدار لا غلق لها أو تجدد بعد العقد نعم للمستأجر خيار الفسخ (متن)

الجميع (وقال في التحرير) لو استأجرها للرضاع والحضانة فقطع اللبن فالاقرب انه يتخير بين الفسخ والامضاء اما بالجميع او بقدر الحصة على اشكال ولم يتضح لنا ماذا أراد بغير الاقرب بل لا يكاد يظهر له وجه لان مراده بالاقرب انه ينفسخ في الرضاع ويتخير في الحضانة بين فسخها لمكان تبعض الصفقة والامضاء فيها بجميع الاجرة أو بحصتها من الاجرة ولا يجيء في ذلك احتمال الانفساخ في الجميع فليتأمل وحكى في جامع المقاصد عن حواشي الشهيد ان التقسيط ملزوم الخيار باعتبار تبعض الصفقة فلا يجعل احتمالا برأسه ومقتضى ذلك كونهما احتمالين الانفساخ في الكل والانفساخ في البعض مع ثبوت الخيار وهو صحيح في نفسه الا أنه غير مراد من العبارة ثم انك قد عرفت أنه صرح فيما عندنا من نسخه بالاحتمالات الثلاثة ﴿ قوله ﴾ (وفي ايجاب الحبر على الناسخ والكش على الملقح والصبغ على الصباغ اشكال) قد تقدم آنفاً الكلام في ذلك وما هو مثله ﴿ قوله ﴾ (ولو قدر المالك على التخليص لم يجبره عليه اذا كان الغصب بعد الاقباض) يريد أنه لو أجره العين وأقبضه اياها ثم غصبت من المستأجر فليس له مطالبة المؤجر بانتزاعها من الغاصب وان كان قادراً على ذلك لانه قد أدى ما أوجبه عليه عقد الاجارة وهو التسليم وقضية التقييد بكونه بعد الاقباض في عبارة الكتاب وجامع المقاصد ان الغصب لو كان قبله كان له ذلك وليس كذلك كما نص عليه في التحرير وهو ظاهر الارشاد أو صريحه بل هو صريحه حيث قرنه بالعمارة وظاهر جامع المقاصد أو صريحه كما ستسمع في مسئلة البالوعة وهو قضية كلام الباقين حيث يقتصرون على تخييره بين الفسخ فيرجع بالمسمى والامضاء فيطالب الغاصب باجرة المثل عملا بالاصل السالم عن المعارض كما تقدم التنبيه على ذلك في الشرط السادس وقد نقلنا هناك كلام المصنف هناولا ترجيح في التذكرة ذكره في أثناء كلام له ولكن لا بد من التأمل في ذلك ﴿ قوله ﴾ (ولا على العمارة سواء قارن العقد الخراب كدار لا غلق لها أو تجدد بعد العقد نعم للمستأجر الخيار) يريد أنه لو أجره داراً قد احتاجت الى مرمة لخلل حدث بعد العقد أو كان قبله مع جهل المستأجر به سواء قضت هذه المرمة بالاحتياج الى احداث عين جديدة أم لا كاصلاح مائل فانه لا يجبر المالك على فعل ذلك نعم للمستأجر الخيار كما صرح بذلك كله في التذكرة وجامع المقاصد وهو قضية اطلاق الارشاد والروض ومجمع البرهان وبه صرح في المبسوط وكذا التحرير فيما اذا تجدد الخلل بعد العقد وهو يقضي بعدم اجباره على عمارة السابق على العقد بالاولوية لان الانسان لا يجبر على عمارة ملكه واصلاحه والاصل براءة ذمته من وجوبه عليه للمستأجر لانه يثبت له الخيار لوجود العيب فله مناص عن نقص العوض الذي هو الوجه في احتمال الوجوب الذي أشار اليه في التذكرة بقوله ففي اجبار المالك اشكال أقربه العدم قال في موضع آخر من التحرير ولو انهدم بعض المسكن وجب بناؤه وكذا لو سقطت حبه وجب ابداله وهو يوافق ما يأتي لهم في تفريغ الدار والحش والبالوعة فانهم يوجبونه على المالك مع أنه لا فرق بينهما فيما نجد من جهة الدليل وهو وجوب التسليم الا أن يقال ان الخراب عيب ولا كذلك الامتلاء فتأمل واما ثبوت الخيار له فهو اجماعي سواء تجدد

وعلى المالك تسليم المفتاح دون القفل فان ضاع بغير تفريط لم يضمن المستأجر وليس له المطالبة ببدله وعلى المالك تسليم الدار فارغة وكذا البالوعه والحش ومستنقع الحمام فان كانت مملوءه تخير (متن)

العيب بعد العقد أو كان قبله بل قضية دليلهم أنه يثبت له ذلك وان كان عالما لكنا لم نجد به قائلا الا ما لعله يفهم هنا من اطلاق العبارة وقد استوفينا الكلام في ذلك في أول الباب عند قوله ولو وجدها المستأجر معيبة بعيب لم يعلمه فله الفسخ وفي الزام المالك بالارش لو أمضى ورضي به وجهان وقد تقدم لنا في أول الباب ان المشهور بل المعروف من غير خلاف ولا تأمل ليس له ذلك الا من صريح اللمعة فانه تردد في ذلك وقد استوجه الثبوت في المسالك والروضة واضطرب كلامه في ذلك في جامع المقاصد كما تقدم بيانه عند الكلام على المسئلة المذكورة في أول الباب ﴿ قوله ﴾ ﴿ وعلى المالك تسليم المفتاح ﴾ كما في المبسوط والتذكرة والتحرير والارشاد واللمعة وجامع المقاصد والروض والروضة ومجمع البرهان لانه من تتمة التسليم وكمال الانتفاع فكان متوقعا عليه لانه تابع للملق المثبت فكان تسليمه كتسليم البيت وكالمقود والزمام في اجارة البهائم ولا فرق فيه بين مفتاح الدار والبيوت التي فيها كما نص عليه في التذكرة ولا كذلك مفتاح القفل حيث لا يجب تسليم القفل كما يأتي ﴿ قوله ﴾ ﴿ دون القفل ﴾ أي لا يجب عليه تسليم القفل كما في التذكرة وجامع المقاصد والروضة لان الاصل عدم دخول المنقولات في العقد الوارد على العقار الا بعادة أو تبعية ﴿ قوله ﴾ ﴿ فان ضاع بغير تفريط لم يضمن المستأجر ﴾ كما في التذكرة وجامع المقاصد والروض ومجمع البرهان وهو قضية كلام التحرير قال ولو ضاعت بغير تفريط وجب على المالك بدلها وفي (الارشاد) فلو ضاع فلا ضمان والظاهر ان مراده بغير تفريط وذلك لانه أمين ﴿ قوله ﴾ ﴿ وليس له المطالبة ببدله ﴾ كما في جامع المقاصد وهو مقتضى ما في الارشاد وشروحه أنه ليس على المؤجر ابداله لانه لا يجبر الانسان على اصلاح ملكه وعمارته كما تقدم في العبارة وحينئذ فينبغي للمستأجر أن يضع مفتاحا من عنده لكن لا من حيث انه ضامن بل من حيث انه محتاج اليه ويجوز أن يفعله المؤجر لا من حيث أنه يجب عليه بل تبرعا وارفاقا بالمستأجر وفي (التذكرة والتحرير) أنه يجب على المالك ابداله ولعله لتوقف ايصال المنفعة اليه عليه كما تقدم في العبارة ومتى لم يبدله ما لعدم وجوبه عليه أو لعصيانه وامتناعه فالظاهر ثبوت الخيار كما في التذكرة وجامع المقاصد فاشبه خراب شيء من الحيطان وذهاب شيء من الابواب ﴿ قوله ﴾ ﴿ وعلى المالك تسليم الدار فارغة ﴾ الظاهر أنه مما لا خلاف فيه بين المسلمين ليتحقق الانتفاع الواجب بالاجارة وهو قضية كلام المبسوط بالاولوية لانه أوجب تفريغ البالوعة والخلاء ﴿ قوله ﴾ ﴿ وكذا البالوعة والحش ومستنقع الحمام ﴾ كما صرح بذلك في التذكرة وجامع المقاصد وبالاولين صرح في المبسوط والتحرير وكأنه أيضا مما لا خلاف فيه وبه يقضي الاعتبار لما ذكر في الدار وقد تقدم في باب البيع أنه يجب تسليم المبيع مفرغا على الفور من غير خلاف ولعل الفصل لان حكمها عنده يخالف حكم الدار لانه حكم في الثلاثة أنه يتخير اذا كانت مملوءة ولا كذلك الدار فانه يجب عليه تفريغها على كل حال كما يأتي ومستنقع الحمام الموضع الذي تنصب فيه الغسالة ويسمى جية الحمام ﴿ قوله ﴾ ﴿ فان كانت مملوءة تخير ﴾ قضية اطلاقه أنه اي المستأجر يتخير من أول الامر وقد أوجب عليه في المبسوط والتحرير ومجمع البرهان في أثناء كلام له والتذكرة

فان تجدد الامتلاء في دوام الاجارة احتمل وجوبه على المستأجر لانه بفعله وعلى المؤجر لتوقف الانتفاع عليه ولا يجب على المستأجر التنقية عند انتهاء المده بل التنقيه من الكناسات (متن)

وجامع المقاصد التفريغ وحكم في الاخيرين بثبوت الخيار مع اهماله وهو قضية كلام الاولين وهو الصواب لان التفريغ انما يجب بعد العقد والمفروض أنه قد بادر بعده الى تفريغها وانه لم يفت من النفع شيء والامتلاء ليس عيباً كالخراب في الدار و به يحصل الفرق بين المسئلتين نعم لو فات شيء من النفع بالتفريغ ثبت الخيار كما تقدم مثل ذلك مرارا ﴿قوله﴾ (فان تجدد الامتلاء في دوام الاجارة احتمل وجوبه على المستأجر لانه بفعله) هـذا الاحتمال هو الذي جزم به في المبسوط والتذكرة وكذا جامع المقاصد وظاهر الحواشي لان النسخة غير نقية عن الغلط نسبته(١) الى القاضي في الجواهر ووجهه ن ذلك بفعله فاذا أراد أن يكمل له الانتفاع فليرفعها ﴿قوله﴾ (وعلى المؤجر لتوقف الانتفاع عليه) هذا الاحتمال قربه في التحرير على الظاهر لان ما عندنا من نسخه وهما اثنان غير نقيتين عن الغلط في خصوص المسئلة وفي (جامع المقاصد) أنه لا يخفى ضعف دليله لانه ليس كل ما يتوقف الانتفاع عليه بعد تسليم العين وتمكين المستأجر منها التمكين التام يجب على المؤجر فان وقع يد الغاصب كذلك مع أنه لا يجب على ان الاصل البراءة بعد تسليم العين مفرغة ﴿قوله﴾ (ولا يجب على المستأجر التنقية عند انتهاء المدة) عدم وجوب تنقيه البالوعة والحش ومستنقع الحمام على المستأجر عند انتهاء مدة اجارته خيرة التذكرة وجامع المقاصد عملا بالاصل مع عدم المخرج عنه مع ان استعمالها من لوازم الاجارة وضرورات استيفاء المنفعة وليس يريد الانتفاع بها في تمام الاجارة حتى توجب عليه ازالتها بل لو أراد أن يعيد الاجارة لاوجبنا على المؤجر ازالتها كما تقدم وظاهر اطلاق كلام المبسوط وجوب ذلك على المستأجر على تأمل في ذلك قال اذا استأجر داراً فانسدت البالوعة وامتلأ الخلا فعلى المكتري اصلاح ذلك لانه سبب من جهته فكان عليه ازالته انتهى فتأمل ﴿قوله﴾ (بل التنقية من الكناسات) يريد أنه لا يجب عليه تنقية المذكورات عند انتهاء المدة بل يجب عليه تنقية الدار من الكناسات عند انتهاء المدة على ما هو الظاهر من العبارة كما هو صريح التذكرة وقال في (التحرير) لو خرجت المدة وفي الدار زبل أو قمامة وجب على المستأجر تفريغه على اشكال وفي (جامع المقاصد) النظر فيه مجال وقد فسر بعض الشافعية الكناسة بالقشور وما يسقط من الطعام ونحوه دون التراب الذي يجتمع بهبوب الرياح لانه حصل لا بفعله (قلت) أصل البراءة سالم عن معارض يقوى عليه وليس هناك الا أنه من فعله لكنه من ضرورات استيفاء المنفعة فكانت تنقية الدار منها كتنقية البالوعة والخلا بل تزيد عليها لان انتفاع المالك أو المستأجر الثاني بالدار لا يتوقف على ازالتها الا ترى انها لو كانت موجودة حال العقد فان قضية كلامهم أنه لا يجب على المالك ازالتها لعدم توقف الانتفاع عليها فكان القول بعدم وجوبها على المستأجر قوياً جدا لكنه لم يقل به أحد منا ولا من العامة على كثرة ما رأيتهم بل الناس بين متردد و بين قائل بكونها على المستأجر ولعل الخلاف في مثل ذلك غير ضائر وما ذكرناه من ان طرحها في الدار من ضرورات الاستيفاء يستفاد من كلام الجويني وان أنكره بعض الشافعية وأما

---

(١) خبر المبتدا (كذا بخطه قدس سره)

ورماد الاتون كالكناسة ولو استأجر ارضاً للزرع ولها شرب معلوم والعادة تقتضي التبعية دخل ولو اضطربت العادة بان يستأجر مرة الارض منفردة وتارة معه احتمل التبعية وعدمها (متن)

تنقية الدار منها في دوام الاجارة فكانه لا خلاف في وجوبها على المستأجر ممن تعرض لها منا كالمصنف في التذكرة والمحقق الثاني ومن العامة كالجويني وبعض الشافعية وأما كنس الثلج ففي (التذكرة وجامع المقاصد) ما حاصله ان كنس الثلج عن السطح من وظيفة المالك كالعمارة فان تركه وحدث عيب ثبت له الخيار وبدونه اشكال واما ثلج العرصة فان خف ولم يمنع الانتفاع فكالتراب الحاصل بهبوب الرياح وان كثف فاشكال من حصول التسليم الواجب ومن توقف الانتفاع عليه ﴿قوله﴾ ﴿ ورماد الاتون كالكناسة ﴾ اي يجب نقله عند المصنف عند تمام الاجارة وهذا حكاه في التذكرة عن الجويني وحكى عن بعض الشافعية أنه لا يجب وانه يخالف الكناسة لان طرح الرماد من ضرورات استيفاء المنفعة ولا كذلك الكناسة لان هذا البعض قد فسرها بالقشور وما يسقط من الطعام كما عرفت ومراده ان ليس ذلك من الضرورات وظاهره في التذكرة التردد في ذلك كما هو صريح جامع المقاصد وقد جزم فيهما أي التذكرة وجامع المقاصد بانه لا يجب على المالك ازالتها في دوام الاجارة وقال في الثاني هل يجب على المالك في ابتدائها لم أحد به تصريحاً ومقتضى النظر الوجوب لتوقف التمكن من الانتفاع الواجب عليه ﴿ قوله ﴾ ﴿ ولو استأجر أرضاً للزرع ولها شرب معلوم والعادة تقتضي التبعية دخل ﴾ كما في التذكرة وجامع المقاصد لان الظاهر ان استئجارها للزرع انما هو التعويل على دخول شربها ولان الاطلاق يحمل على العادة والمتعارف والمفروض ان كل من يستأجرها يذكر الشرب معها ومعناه انه جرت عادتهم بذلك ﴿ قوله ﴾ ﴿ ولو اضطربت العادة بان تستأجر الارض مرة منفردة وتارة معه احتمل التبعية وعدمها ﴾ احتمال التبعية أقرب كما في التذكرة واصح كما في الايضاح لان الاجارة للزراعة كشرط الشرب (والاحتمال الثاني) للشافعي لانه يجب الاقتصار على موجب اللفظ وانما يزاد عليه لعرف مطرد (والثالث) ان العقد يبطل من أصله لان تعارض المعنيين يوجب جهالة القصد وهذا متجه على ماسلف لنا وفي (جامع المقاصد) التحقيق ان يقال اما ان يكون هناك ماء آخر يمكن شرب تلك الارض منه اولا فان كان الاول فلاوجه لدخوله اصلا وان كان الثاني لم يستقم قوله بان يستأجر مرة منفردة لان استئجارها منفردة للزرع في هذا الفرض لايتصور مع توقف الزرع على الشرب فكيف يفرض وقوعه حتى لو وقع كان باطلا ويمكن ان يريد المصنف بالاحتمالين صحة الاجارة على تقدير التبعية وفسادها بدونها انتهى (قلت) هذا الاحتمال بعيد جداً والظاهر ان مراد المصنف هنا وفي التذكرة وابي حنيفة والشافعي انها تستأجر تارة منفردة عن الشرب ثم يعامله على الشرب بعد ذلك بصلح أو نحوه لان الشرب لايصح استئجاره منفرداً ولا منضماً لانه عين وتارة يستأجرها مع الشرب بان يشرطه في عقد اجارتها فلم يكن هناك عادة مستمرة فاذا استأجرها هذا الرجل واطلق ولم يشرط احتمل الامرين والاصح حينئذ عدم التبعية والدخول وقد يكون أراد باستئجارها منفردة للزرع أنه يزرعها مالايحتاج الى الماء اصلا ومن تعرض لهذا الفرع لم يقل ان الزرع متوقف على الشرب كما قاله في جامع المقاصد ثم انه قد وقع في مزارعة الكتاب والشرائع والارشاد انه لو زارع عليها او أجرها للزراعة ولا ماء لها مع علم المزارع لم يتخير ومع الجهالة له الفسخ وقد قال هو في جامع المقاصد

ولو زرع اضر من المعين فللمالك المسمي وارش النقص (متن)

أنه أي المصنف اراد عدم بطلان المزارعة والاجارة لزرع مع العلم بان الارض لا ماء لها وهو صحيح على القول بجواز التخطي الى غير المنفعة المشروطة مما يكون مساويا أو أقل ضررا الى آخر ما قال ﴿ قوله ﴾ (ولو زرع أضر من المعين فللمالك المسمى وارش النقص) كما في التحرير لكنه قال له المسمى وأجرة الزيادة وهو معنى ما في الكتاب كما ستعرف وقد حكى في المبسوط التخيير بين ذلك و بين أجرة المثل وقال انه أشبه بالصواب وهو خيرة التذكرة وكذا الشرائع والتحرير والارشاد في باب المزارعة قالا لو زرع ماهو الاضر كان للمالك أجرة المثل أو المسمى مع الارش والذي يقتضيه التدبر في ملاحظة الكتب الثلاثة ان ذلك فيما اذا استأجرها لزراعة أو زارع عليها وليست مسوقة للمزارعة خاصة بل من مارس طريقتهم عرف أن نظرهم الى ما في المبسوط وان هذه العبارة خاصة بالاجارة فلا حاجة الى تجشم توجيهها بالنسبة الى المزارعة لان المسمى اذا كان من الحنطة مثلا كيف يأخذه من الشعير ثم ان في عبارة الارشاد مسامحة حيث قال تخير المالك في الفسخ فيأخذ أجرة المثل أو الامضاء ويأخذ المسمى مع الارش لان تعدي العامل لا يقتضي جواز الفسخ وقال في (جامع المقاصد) فيما نحن فيه ان الاقوى وجوب اجرة المثل لما زرع لانه استوفى غير المعقود عليه واحتمل فيه ايضا ان يجب عليه المسمى وأجرة المثل للزيادة وقد عرفت انه عين ما في الكتاب قال في (التذكرة) في تذييل ذكره قولنا ان المالك يتخير بين أجرة الذرة و بين المسمى مع ارش نقص الارض لسبق الفهم منه الى ما ينقص من قيمة الارض وقلنا تارة بدل ما ينقص من الارض انه يأخذ المسمى واجرة المثل للزائد والمراد هو الثاني وقولنا نقص الارض يحمل على الاجرة الزائدة فيأخذ بدل المنفعة التي استوفاها فوق المستحق و بدل المنفعة الاخرى فيحمل الارض على الضرر الذي لحقها باستيفاء من المنفعة وارشه جزء من اجرة ما استوفاه وهو تفاوت ما بينها و بين اجرة المنفعة المستحقة مثلا أجرة مثلها للحنطة خمسون وللذرة سبعون والمسمى اربعون فيأخذ الاربعين وتفاوت ما بين الاجرتين وهو عشرون وانما حملنا نقص الارض على ما قلناه لان رقبة الارض لا تكاد تنقص قيمتها بالزرع وان استقر ضررها والوجه في ذلك ان المستأجر استحق منفعة الارض مقدرة فاستوفاها مع غيرها فوجب عليه الاجرة المسماة وعوض الزيادة كمن استأجر دابة الى موضع فتجاوزه ومن استأجر دابة لحمل خمسين رطلا فحمل عليها مائة وان شئت قلت وجب عليه المسمى وارش النقصان الزائد على زراعة الحنطة (وفيه) ان ما نحن فيه مما لا يتميز فيه المستحق عما زاد وما استند اليه من الامثلة مما يتميز والمناسب لما نحن فيه التمثيل بما اذا استأجرها لحمل القطن فحمل عليها بمقداره حديدا وما اذا استأجر دارا ليسكنها فاسكن فيها الحداد او القصار ونحو ذلك مما فعل فيه المستأجر مالا يستحقه لانه انما يستحق زرع الحنطة وقد زرع الذرة وهو غيره فكان عليه أجرة المثل ولا آخر لاستيفاء منفعة الارض المستحقة بالمسمى لزرع الحنطة في ضمن زرع الذرة لانه لم يستحقها بالمسمى الا على ذلك الوجه المخصوص الذي لم يكن فاشبه ما اذا استأجر أرضا فزرع غيرها فتأمل اذ قضيته ان تلزمه أجرة المثل و يلزمه المسمى لانه هو الذي فوت منفعة الحنطة على نفسه الا ان تقول ان منفعة الحنطة دخلت في منفعة الذرة من باب التلازم في الخارج أو تقول بعبارة أخرى أنها دخلت فيها من جهة الجنس لا من جهة الصنف لانه اذا استوفى منفعة الارض فقد استوفى جميع منافعها فيما لم يكن عليه

والظرف على المستأجر وكذا الرشاء ودلو الاستقاء وينزع الثوب المستأجر ليلا ووقت القيلولة

الا اجرة المثل ووجه القول بالتخيير انه زرع مالم يستحقه وموجبه اجرة المثل كما تقدم وانه شابه ما اذا استأجر دابة الى موضع فتجاوزه بالقريب الذي ذكر فكأن قد استوفى المستحق وزيادة وموجبه المسمى وأجرة مازاد فخيروه بينهما أو انهم يقولون ان المؤجر استحق أجرة الذرة وقد قبض أجرة الحنطة والمستأجر استحق منفعة زراعة الحنطة وقد فاتت عليه في ضمن منفعة الذرة التي لم تفت على المالك فالمؤجر اما ان يأخذ مايستحق ويرد ما أخذ واما ان يتقاصا ويأخذ الزيادة فتأمل والقول باستحقاق اجرة المثل هو الاوفق بالضوابط واحتمال أكثر الامرين من أجرة المثل والمسمى مع ارش النقصان والضرر أولى بحال الظالم الغاصب الا ان يلحظ ذلك الضرر والنقص في أجرة المثل فتأمل وهذا كله اذا لم يعلم المالك الا بعد الحصاد وأما اذا علم قبله وبعد الزرع فله قلعه ثم ان تمكن من زرع الحنطة زرعها والالم يزرع وعليه الاجرة لجميع المدة لانه هو الذي فوت على نفسه مقصود العقد ثم ان لم تمض مدة تتأثر لها الارض فذاك وان مضت فالمستحق أجرة المثل أم قسطها من المسمى وزيادة النقصان أم يتخير بينهما فيه ماسبق كذا قال في التذكرة وقال في (جامع المقاصد) ينبغي ان لا يعتبر تأثر الارض بل مضي مدة لمثلها أجرة وعدمه وهو كذلك ﴿ قوله ﴾ (والظرف على المستأجر وكذا الرشا ودلو الاستقاء) اما كون الظرف على المستأجر فقد قيده في التذكرة بما اذا وردت الاجارة على عين الدابة قال وعلى المكري ان كانت في الذمة لانها اذا وردت على العين فليس عليه الا تسليم الدابة بالاكاف وما في معناه وان كانت في الذمة فقد التزم النقل فعليه تهيئة اسبابه والعادة تؤيده وحكى عن الجويني تفصيلا في اجارة الذمة بين أن يلتزم الغرض مطلقا ولا يتعرض الدابة فتكون الالات عليه وبين ان يتعرض لها بالوصف فحينئذ تتبع العادة قال في (التذكرة) بعد حكاية ذلك ومتى راعينا اتباع العادة فاضطربت فالاقوى اشتراط التقييد في صحة العقد وقال في (جامع المقاصد) ان اضطربت العادة اتجه اعتبار ورود الاجارة على دابة معينة أو التزام النقل فتجب الالات على المكتري في الاول وعلى المكري في الثاني (قلت) الظاهر أن مراده في التذكرة في اشتراط التقييد ما اذا استأجر الدابة في الذمة ولم يتعرض الا لوصفها وقد اضطربت العادة وهذا لم يتعرض له في جامع المقاصد والحال في الرشا بالقصر وكسر اوله ودلو الاستقاء كالحال في الظروف من دون تفاوت والظاهر أن فرقهم بين وقوعها على العين وبين التزام النقل انما جاء من حاق اللفظ وذلك انما يتم مع اضطراب العادة وأما اذا استمرت على خلاف أحدهما تبعت وينبغي بيان الفرق بين ما اذا اوقع الاجارة على العين أو على دابة موصوفة في الذمة فانا لا نجد بينهما فرقا الا ما تقدم في بحث الدواب من أن الدابة اذا كانت موصوفة يجب ابدالها اذا تلفت ففيها شائبة النقل ﴿ قوله ﴾ (وينزع الثوب المستأجر ليلا) كما في المبسوط والتذكرة والتحرير وجامع المقاصد بل لم يحك فيه احتمال ولا خلاف من الخاصة والعامة لمكان العادة والمراد به الثوب المستأجر للتجمل ولا ريب انه لو اعتيد النوم فيه في بعض البلدان واطردت العادة وجب الحمل على ذلك وانما يلبس ثوب التجمل في أوقات التجمل كالجمعات والاعياد والخروج الى السوق ودخول الناس عليه ﴿ قوله ﴾ (ووقت القيلولة) قد جزم به في المبسوط والتحرير بأنه لا يجب نزعه للعادة وهو الذي قربه في التذكرة للعادة أيضا فالمدار عندهم على العادة

ويجوز الارتداء على اشكال دون الائتزار ﴿ الفصل الرابع في الضمان ﴾ العين أمانة في يد المستأجر لا يضمنها الا بتعد أو تفريط (متن)

﴿ قوله ﴾ ﴿ ويجوز الارتداء به على اشكال ﴾ أي يجوز الارتداء بالثوب المخيط المستأجر للتجمل على اشكال ينشأ من انصراف العقد الى اللبس المعهود لانصراف اللفظ الى الحقيقة العرفية فلا يحمل الاطلاق على الارتداء من أنه ملك منافعه وأنه أخف ضررا من غيره مع صدق اللبس عليه حقيقة (قلت) في صدق اللبس حقيقة على ما اذا ارتدى بالثوب المخيط نظر ظاهر ولا ترجيح في الايضاح والحواشي وفي (التذكرة) ان كان الارتداء أقل ضرراً من اللبس جوز والا فلا وفي (جامع المقاصد) ان الاصح ان لبس كل شيء بحسبه فان كان الملبوس مخيطاً لم يجز الارتداء به اذا استأجر للبس اذ الارتداء لا يعد لبسا بالنسبة الى هذا الثوب بخلاف ما لو كان رداء انتهى وفيه نظر ظاهر وفي (الحواشي) ان الخلاف في الثياب المخيطة أما المناديل والثياب التي لم تفصل والبواشي والمقانع فانه يجوز الائتزار بها والارتداء بلا خلاف ﴿ قوله ﴾ ﴿ دون الائتزار ﴾ أي لا يجوز الائتزار بالثوب المخيط كما في المبسوط والتذكرة والتحرير وجامع المقاصد وظاهر الاخير الاجماع عليه حيث قال قطعاً وهو ممن يعمل بالظن لانه أشد ضرراً مع مخالفته للبس وكذا اذا استأجره للارتداء لم يجز الائتزار به لان ضرر الائتزار اكثر ولو استأجره للائتزار جاز التعميم هذا والصواب الائتزار

﴿ الفصل الرابع في الضمان ﴾

﴿ قوله ﴾ ﴿ العين امانة في يد المستأجر لا يضمنها الا بتعد أو تفريط ﴾ لا نعلم في ذلك خلافا كما في التذكرة وبلا خلاف في ذلك كله اذا كان التلف في مدة الاجارة كما في التنقيح واجماعا كما في ايضاح النافع والظاهر تقييد كلام التذكرة بذلك والا فالخلاف بدون القيد موجود كما ستسمع وفي (الرياض) العين المستأجرة امانة لا يضمنها المستأجر ولا ما ينقص منها الا مع تعد أو تفريط بلا خلاف أجده بل عليه الاجماع في الغنية وهو الحجة (قلت) اجماع الغنية والخلاف انما حكيا على الضمان مع التعدي نعم يلزمهما انها امانة وانها تضمن مع التفريط أيضاً وأنه يضمن ما نقص منها (وكيف كان) فقد طفحت عباراتهم مما في الكتاب غير فارقين بين كون التلف في المدة أو بعدها اذا لم يطلبها المالك لمكان الاطلاق بل في السرائر والتحرير والكتاب كما يأتي وجامع المقاصد وايضاح النافع والمسالك والمفاتيح التصريح بذلك لانها في المدة مقبوضة باذن المالك بحق القابض وأما بعدها فاصل البراءة واستصحاب عدم الضمان واستصحاب العلم بها السالمات عن المعارض قاضيات بذلك والاستناد الى انقضاء المدة يستلزم أنه غير مأذون في قبضها فتصير امانة شرعية مضمونة فيجب عليه ردها ومؤنة الرد فاذا لم يردها فوراً حيث يمكنه الرد ضمن كما في المبسوط والتنقيح وهو اللازم لابي علي حيث أوجب عليه الرد واللازم للقاضي حيث خير المؤجر بعد المدة بين أخذ قيمة ما نقصت وبين أخذ أجرة المثل فيما زاد موهون بمنع وجوب الرد وانما يجب عليه تمكينه منها والتخلية بينه وبينها كالرهن اذا أدى الراهن الدين والوديعة وسائر الامانات فاذا فعل ما وجب عليه أو عزم عليه فلا تقصير ولا تعديا ولا تفريطا للاصلين المتقدمين نعم لو حبسها مع طلب المالك بعد انقضاء المدة ضمن قطعا كما في جامع المقاصد وبلا خلاف كما في التذكرة و يجب تقييد ذلك بما اذا كان الحبس لغير عذر كما هو ظاهر وبه صرح في التذكرة

في المدة وبعدها اذا لم يمنعها مع الطلب سواء كانت الاجارة صحيحة أو فاسدة ولو ضمنه المؤجر لم يصح فان شرطه في العقد فالاقرب بطلان العقد (متن)

وقد سلم المحقق الثاني للشيخ أنها بعد انقضاء المدة غير مأذون في قبضها لكن لا يجب عليه ردها وقد يظهر ذلك من صاحب المسالك وصاحب الرياض وهو كالمتناقض فلا أقل بناء على ذلك من العرض عليه وحينئذ تكون امانة ثالثة غير الامانتين وقد تقدم لنا في أول باب الوديعة ان الامانة المالكية هي ما حصلت في يد غير مالكها باذنه أو بغير اذنه ولكنه علم بها أو أخبر عنها ولم يطلبها فكان هنا مأذونا كما هو ظاهر السرائر أو صريحها وما في التنقيح من الاستناد الى احتمال النسيان غير صحيح وقد تردد المصنف في المختلف في المسئلة كما هو ظاهره في التذكرة أو صريحه ولا وجه له بعد ما عرفت وقد تردد أيضا في مواضع أخر من التحرير في وجوب الرد وأطرف شيء ما في المفاتيح حيث جزم بعدم الضمان اذا تلفت بعد المدة من غير تفريط وتأمل في وجوب رد العين الى المؤجر بعد المدة اذ التردد في ذلك مع الجزم بعدم الضمان كذلك مما لا يجتمعان ومن لحظ كلام التنقيح في النقض والابرام في المقام عرف أنه غير منقح بل ولا صحيح وقد تسامح جماعة في جعلهم صريح الشيخ أبي علي لكنه سهل هذا وقد استفاضت الاخبار بعدم الضمان مع عدم التعدي و به معه كما في موضعين من خبر أبي ولاد الوارد في البغل وكما في صحيح علي بن جعفر وكما في خبر الصيقل الوارد في الحمار اذا عطب وخبره الاخر الوارد فيما اذا جاوز الشرط وشهد له الخبر ليس على مستعير عارية ضمان وصاحب العارية والوديعة مؤتمن وكذا الاخبار الواردة في عدم ضمان الاجير لما يتلف في يده اذا كان أمينا فتأمل وكذلك الاجير اذا هلك صغيرا كان أو كبيرا حراً كان أو عبداً لبعض ما مر من التعليل ﴿قوله﴾ ﴿ في المدة و بعدها اذا لم يمنعها مع الطلب ﴾ قد تقدم الكلام في هذه المسائل الثلاث مسبغا محررا ﴿ قوله ﴾ ﴿ سواء كانت الاجارة صحيحة أو فاسدة ﴾ أي لا يضمنها في المدة ولا بعدها اذا تلفت العين من غير تفريط سواء كانت الاجارة صحيحة كما هو ظاهر أو فاسدة للقاعدة المقررة كما ستسمعها غير مرة وهي ان كل عقد لا يضمن بصحيحه لا يضمن بفاسده و بالعكس و بذلك صرح في التذكرة وجامع المقاصد في المقام وهو ظاهر اطلاق الباقين وقد تقدم عند قوله واستيفاء المنفعة أو بعضها مع فساد العقد يوجب أجرة المثل بيان الوجه في هذه القاعدة بتوجيهين (أحدهما) ان الاجارة الفاسدة انما تفسد بالنسبة الى وجوب العمل واستحقاق المسمى لا بالنسبة الى الاذن في التصرف وجوازه واسبغنا الكلام فيه ومرجعه الى أن العقد لم يفسد بالكلية (والثاني) أنا علمنا من حال المؤجر ارادة الاجرة على كل حال ولا كذلك البائع و بينا انها مجمع عليها وما وجدنا فيها خلافا الا من مولانا المقدس الاردبيلي وشيخنا صاحب الرياض مع انهما وافقا الاصحاب في غير ذلك الموضع ﴿ قوله ﴾ ﴿ ولو ضمنه المؤجر لم يصح فان شرطه في العقد فالاقرب بطلان العقد ﴾ ومثلها عبارة التذكرة وأحسن منهما عبارة التحرير قال لو شرط على المستاجر ضمان العين لم يصح وهل تبطل الاجارة فيه نظر وستسمع عبارة الشرائع وقد استظهر الشهيد من عبارة الكتاب أنه ضمنه بعد العقد وحملها في جامع المقاصد على انه أراد تضمينه وقد قرب المصنف هنا فيما اذا شرطه في العقد بطلان العقد وفي (التذكرة والمسالك) أنه أقوى وفي (جامع المقاصد) انه أصح وقد سمعت ما في التحرير ولا ترجيح في الحواشي واحاله في الايضاح على البيع ولا ترجيح له فيه ولا

فاذا تعدى بالدابة المسافة المشترطة أو حملها الا زيد ضمنها (متن)

يعجبني قوله في الشرائع وفي اشتراط ضمانها من غير ذلك تردد أظهره المنع اذ ظاهره ان في جواز اشتراط ضمانها تردد أظهره المنع وهو كما ترى والذي فهمه منه في المسالك أن في صحة العقد والشرط تردداً ومن العجيب اهمالهم جميعا كلام السيد في الانتصار فان ظاهره الاجماع على صحة العقد والشرط لكنه ذكره في أثناء كلام له لا يجده الا من تتبع كلامه في مسئلة ضمان الصانع ما يهلك تحت يده حرقا وغرقا على أنه ذكره في غير محله وستسمعه وقد فصلنا في باب البيع بين الشروط فابطلناها فيما وضح منافاته لمقتضى العقد و بالجملة ما يعود عليه بنقضه في الجملة والا فمقتضيات العقد كثيرة لان المراد بمقتضاه ما رتبه الشارع عليه وليس المراد ما لم يشرع الا لاجله كانتقال العوضين ومما وضح منافاته لمقتضى العقد عدم الانتفاع بالمبيع أصلا لا مدة وعدم ضمانه وعدم قبضه وعدم التصرف فيه ببيع ونحوه الا أن يقوم دليل على صحته واشتراط الرجوع عليه بالثمن ان غصبه غاصب واشتراط عتقه والولاء للبائع وما اقتضى تجهيل أحد العوضين الى غير ذلك مما تقدم مشبعا وقد يدعى ان شتراط ضمان العين في الاجارة مما وضح منافاته لمقتضاها اذ من الواضحات ان مقتضى عقد الاجارة الانتفاع بالعين وكونها امانة غير مضمونة والا أحجم اكثر الناس عن الاستئجار بل كلهم في بعض الاقسام فليتامل جيداً في وضوح ذلك مع سمعته عن علم الهدى وقد اتفقت كلمة من عداه ممن تعرض لهذا الفرع على بطلان هذا الشرط وقد سمعت عباراتهم بل ظاهر جامع المقاصد الاجماع عليه قال ولو شرط الضمان مع التلف ولو بغير تعد فالشرط باطل قطعا وهذه الكلمة اذا صدرت ممن يعمل بالظن كانت في معنى الاجماع لكن السيد المرتضى في الانتصار لما حكى قول الحسن بن حي ان من أعطى الاجرة لا ضمان عليه وان شرط الضمان رده بأنه يخالف الامامية لان عندنا ان شرط كان الضمان عليه بالشرط وظاهره الاجماع وقد قال في الرياض وفي جواز اشتراط الضمان حيث لم يثبت باصل العقد لعموم الامر بالوفاء بالشرط أم العدم لمنافاته لمقتضاه فيفسد قولان والثاني أشهر والاول أظهر للعموم مع ضعف المعارض لمنع المنافاة على اطلاقه بل هو حيث لم يكن هناك شرط وفي الخبر رجل استأجر سفينة من ملاح فحملها طعاما واشترط عليه ان نقص الطعام فعليه فقال جائز (قلت) أنه ربما زاد الطعام قال فقال يدعي الملاح انه زاد فيه شيئا قلت لا قال لصاحب الطعام الزيادة وعليه النقصان اذا كان قد اشترط عليه ذلك انتهى واول من مال الى ذلك المولى الاردبيلي واقتفاه صاحب الكفاية على عادته ولكنهما لم يعنونا المسئلة بعنوان الرياض اذ لم نجد القائل بالجواز ولعله عناهما به لكنهما قالا ويمكن أن يقال فذكراه على سبيل الاحتمال فكيف يعد قولا ويقال أن غيره أشهر واحتمال انه عنى علم الهدى مما يكاد يقطع بعدمه لان من عنده الانتصار ماوجده والا لحكاه واما الخبر فهو في غير ما نحن فيه لان كلامنا فيمن اعطى الاجرة لا فيمن أخذ الاجرة كالملاح والمكاري والصائغ فان المشهور كما في المسالك انهم يضمنون اذا ادعوا هلاك المتاع أو ادعى عليهم التفريط مع عدم البينة بل في الانتصار الاجماع على ذلك وفي اخبار كثيرة ان الصائغ يضمن مع التهمة فهذا الخبر وهو خبر موسى بن بكر من ادلة تلك المسئلة والظاهر انه منهم أيضا لانه ما اشترط عليه الا وقد اتهمه وهذا كلام اجمالي وقد تقدم لنا ويأتي ان شاء الله تبارك وتعالى قريبا ان المشهور أنهم يضمنون ذلك كما يضمنون ما جنوه بايديهم ﴿قوله﴾

﴿ فاذا تعدى بالدابة المسافة المشترطة او حملها لازيد ضمنها ﴾ اجماعا كما في الغنية والسرائر والتذكرة

كلها بقيمتها وقت العدوان ويحتمل اعلى القيم من وقت العدوان الى وقت التلف وعليه اجرة الزيادة

وفي (الخلاف) الاجماع والاخبار على الاول وقد صرح بالحكمين في المقنعة والنهاية والمبسوط والغنية والسرائر وغيرها وسائر ما تأخر ممن تعرض لها من غير اشكال ولا خلاف وقد زيد في معقد اجماعي الغنية والسرائر ما اذا تعدى ما اتفقا عليه من المدة أو خالف المعهود في السير أو في وقته أو في ضرب الدابة وقد صرح بالحكم الاول صحيح ابي ولاد فقلت أرأيت لو عطب البغل أونفق أو ليس كان يلزمني قال نعم قيمة البغل يوم خالفته قلت فان أصاب البغل كسر اودبر أوعقر قال عليك قيمة ما بين الصحيح والمعيب يوم ترده ومثله خبر الحسن الصيقل وخبر الحلبي وخبر عمرو بن خالد (وليعلم) انه يضمنها حينئذ ولو تلفت بسبب آخر كما هو ظاهر كما تقدم ﴿ قوله ﴾ ﴿ كلها قيمتها ﴾ وضمن نقصانها اجماعا كما في الغنية والسرائر وبذلك صرح في المقنعة والنهاية وجامع الشرائع وجامع المقاصد وهو قضية اطلاق الباقين وهو ظاهر اجماع الخلاف فيما اذا تجاوز المسافة و كذلك في صورة التجاوز افصح خبر ابي ولاد كما سمعت وخبر عمرو بن خالد حيث قال فضمنه الثمن وفصل الشافعي بين ما اذا لم يكن المالك معها فيضمن الجميع أو كان فيضمن النصف لان السبب شيئان احدهما بحق والآخر عدوان ويوزع على مجموع الفراسخ ويعطى العدوان بالقسط أو يضمن الجميع فالاقوال ثلاثة ولا ترجيح في المبسوط وفي قول المصنف ضمنها كلها ايماء الى رد القولين الاولين وسيختار الاول المصنف في آخر هذا الفصل ويحتمل الثاني و يعرف منه تصوير الاول وهما أوفق بالاصول ولا سيما الاول وعليه حروا في بابي القصاص والديات وقد عرفت الوجه فيه فكان الشان فيه كما اذا جرحه زيد وعضه الاسد وسرتا فان الجارح انما يضمن النصف وكما لو جرحه واحد عمداً وآخر باستيفاء قصاص أوحداً فسرتا والوجه في الثاني ان التلف مستند الى الجملة فلو ضمن بالاقل مثل الاكثر لزم تساوي الزائد والناقص وهو محال فسقط ضمان المأذون فيه وبقي الزائد لكن اصحابنا اعرضوا جميعا عنه في القصاص والديات قالوا لو جرحه واحد جرحا واحدا وآخر مائة ومات فالضمان بالسوية فكيف كان فترك الاستفصال في رواية الحلبي وروايتي الصيقل مع غلبة كون المالك مع المستأجر دليل العموم (قال مولانا الصادق عليه السلام) في خبر الحلبي ان جاز الشرط فهو ضامن فقد أطلق الضمان ولم يستفصل وفي احد خبري الصيقل أن عطب الحمار فهو ضامن ونحوه الآخر وفي (التنقيح) تفصيل جيد قال شرط الضمان بالتفريط الانفراد عن المالك ولا يشترط ذلك في التعدي فلو تعدى وشارك المالك ضمن بقسطه ولو انفرد عن المالك اختص بالضمان وقال في التفريط لو تركها في مسبعة او مهلكة مع موافقة المالك فلا ضمان ﴿ قوله ﴾ ﴿ وقت العدوان ﴾ كما هو هنا خيرة الشرائع والجامع والتحرير والايضاح وغيرها ولعلهم نظروا الى قوله عليه السلام يوم خالفته وهو مع عدم صراحته يظهر من قوله عليه السلام يوم ترده خلافه وتمام الكلام في باب الغصب والبيع وغيرهما ﴿ قوله ﴾ ﴿ ويحتمل اعلى القيم من وقت العدوان الى التلف ﴾ كما هو هنا خيرة الخلاف والمبسوط والاقوال هنا هي الاقوال ثمة والترجيح واحد وقد فصل في الوسيلة هنا تفصيلا غريبا فقال يضمن بالتفريط قيمته يوم التلف و بالتعدي أكثر قيمته من يوم التلف ﴿ قوله ﴾ ﴿ وعليه أجرة الزائد ﴾ اجماعا كما في الغنية والسرائر وبه صرح في المقنعة والنهاية والخلاف والمبسوط والتحرير والارشاد والمختلف والتنقيح وجامع المقاصد وكذا التذكرة

ولا فرق في الضمان بعد ان تلف في الزيادة أو بعد ردها الى مالكها بسبب تعبها وشبهه ضمن والا فلا ولا يسقط الضمان بردها الى المسافة ولو ربط الدابة مدة الانتفاع استقرت الاجرة فان تلفت فلا ضمان وان انهدم الاصطبل اذا لم يكن مخوفاً (متن)

لانه استوفى منها منفعة زائدة على المستحقة فيضمن قيمتها وهي أجرة المثل لها وذلك مع ضمان العين ايضا وخالف في المقنعة فقال كان عليه أجرة الزائد بحساب ما استأجرها وفي (الغنية) يلزمه أجر الزائد على الشرط بدليل الاجماع ولعله منهما بناء على الغالب من ان الاستئجار انما يكون غالبا باجرة المثل والظاهر ان على الشرط في الغنية صلة الزائد واغرب القاضي في المهذب قال اذا تلفت الدابة بعد التجاوز كان ضامنا لها ولا أجرة عليه فيما زاد بعد المكان الذي عينه فان تجاوز بالدابة المكان الذي حده وسلمت كان صاحبها مخيرا بين ان يأخذ منه أجرة المثل وبين ان يضمنه نقص مانقص وهو في الاولى فتوى ابي حنيفة وقد قال عليه السلام في رده في مثل هذا القضاء وشبهه تحبس السماء ماءها وتمنع الارض بركتها ويرده في الثانية أصل عدم التداخل لان سبب أخذ ارش النقص للجناية وسبب الاجرة استيفاء المنفعة ومر دهم أن يأخذ المسمى للمكان المعين والارطال المعينة واجرة المثل للزائد وقال في (مجمع البرهان) ماحاصله ان الاوفق بالضوابط ان يأخذ للاصل والزيادة اجرة المثل لانه انما شرط الخمسين وحدها والمائة غيرها وانها قد تكون اجرة رطل مجتمعة أضعاف أضعاف أجرة الخمسين وحدها واستوضح ذلك في أجرة الحبة وحدها والحنطة كذلك قال فانه لااجرة لكل حبة حبة في التقار ولجميع الحبوب أجرة كثيرة واحتمل حمل كلامهم وخبر ابي ولاد على الغالب الاكثر (وفيه) أن العقد بعد صحته كيف يترك مقتضاه وأجرة المثل يلحظ فيها هيئة الاجتماع ﴿قوله﴾ (ولا فرق في الضمان بين ان تلف في الزيادة أو بعد ردها الى المشترطة) كما هو قضية اطلاق الجماعة ووجهه ظاهر لان العدوان لايزول الا بالتسليم الى المالك أو من يقوم مقامه وردها الى المسافة المشترطة والمدة المقدرة بالخمسين رطلا مثلا ليس ردا الى المالك أو نائبه فيبقى الضمان لبقاء العدوان ﴿قوله﴾ (ولو تلفت بعد ردها الى مالكها بسبب تعبها وشبهه ضمن والا فلا) يريد انها اذا ماتت حيث تعدى بها او بالحمل عليها بعد ردها الى مالكها لمكان حدوث عيب حدث بها في يد المستأجر ضمن لاستناد التلف الى ماتعدى به وفعله عدوانا والا يكن تلفها بعد ردها الى المالك بسبب من قبله فلاضمان لانه قد سلمها اليه وفي بعض النسخ أو بسبب تعبها الحاصل لها من زيادة المسافة أو من زيادة الحمل ﴿قوله﴾ (ولا يسقط بردها الى المسافة) اجماعا كما في الخلاف والغنية والسرائر وبه صرح في المبسوط وغيره لان العدوان لم يزل بذلك والمراد المسافة المشترطة في الاجارة ﴿قوله﴾ (ولو ربط الدابة مدة الانتفاع استقرت الاجرة فان تلفت فلاضمان وان هدم الاصطبل اذا لم يكن مخوفا) ومثله مافي التذكرة والتحرير وجامع المقاصد وقالت الشافعية ان كان المعهود في ذلك الوقت ان الدابة تحت السقف كجنح الليل في الشتاء فلا ضمان وان كان المعهود في ذلك الوقت لوخرج بها ان تكون في الطريق وجب الضمان لان التلف والحال هذه جاء من ربطها (وفيه) انه أمين مأذون ولم يتعد ولم يفرط فلا موجب للضمان واتفاق تلفها حين الربط مع الاذن فيه شرعا لايوجبه ولا موجب له غير ذلك وان للوصل في قوله وان انهدم الاصطبل والمسئلة الاولى قد تقدم الكلام فيها واعادها ليرتب عليها ما بعدها

وكذا يد الاجير على الثوب الذى يُراد خياطته أو صبغه أو قصارته أو على الدابة لرياضتها سواء كان مشتركا أو خاصا (متن)

﴿ قوله ﴾ ﴿ وكذا يد الاجير على الثوب الذى يراد خياطته أو صبغه أو قصارته أو على الدابة لرياضتها سواء كان مشتركا أو خاصاً ﴾ أى كما ان يد المستأجر على العين المؤجرة يد أمانة فى الاجارة الصحيحة والفاسدة فكذا يد الاجير كالخياط والصباغ والقصار ورائض الدابة وغير ذلك كالمكاري والملاح والجمال يد امانة خلافا للمفيد وعلم الهدى والمحقق فى موضع من الشرائع والشيخ في موضعين من النهاية كما ستسمع والمصنف في موضع من التذكرة فانه ذكر عبارة الشرائع كما ستعرف تأويلها وكذا المولى الاردبيلي والخراساني وصاحب المفاتيح في بعض الاقسام وستسمع كلامهم والضمان محكي عن يونس بن عبد الرحمن قال في (المقنعة) القصار والخياط والصباغ وأشباههم من الصناع يضمنون ما تسلموه من المتاع الا ان يظهر هلاكه منهم ويشتهر بما لايمكن دفاعه أو تقوم لهم بينة بذلك (ثم قال) والملاح والمكارى والجمال ضامنون للامتعة الا أن تقوم لهم بينة بانه هلك من غير تفريط ولاتعد فيه وكأنه قال بهذا الاخير في التحرير (وقال في الانتصار) الصناع كالقصار والخياط وماأشبههما ضامنون المتاع الذى يسلم اليهم الا أن يظهر هلاكه ويشتهر بما لايمكن دفعه أوتقوم بينة بذلك ثم ادعى عليه اجماعا وانه من متفرداته وفي (المسالك) انه المشهور وليست هذه الدعوى في محلها ولعل السيد عنى بالاجماع المفيد ويونس بن عبد الرحمن وكل من روى اخبار الضمان لكن صاحب المسالك لاتصح منه ولاتسمع اردة ذلك منه وقد استدل لهم المتأخرون بصحيحة الحلبي وحسنة الغسال والصباغ اذا ادعى السرق ولم يقم البينة فهو ضامن وبقولهم عليهم السلام اليد ماأخذت حتى تودي وفي خبرأبي بصير المروي في الكتب الثلاثة بعدة طرق وفيها الصحيح مايدل أيضا على اعتبار البينة وقد روي الفقيه عن الحلبي في الصحيح والكليني عنه ايضا في الحسن عن ابي عبد الله عليه السلام ان المكاري لايصدق الابينة عادلة ومثله خبر الشحام ومرسل الفقيه فهذه الاخبار التي دلت على اعتبار البينة في الصانع والمكاري وروا ية السكوني ورواية يونس وما رواه ابن ادريس عن جامع البزنطي تدل على الضمان في الصانع وحسنة الحلبي تدل على ضمان الملاح وقد دلت روايات كثيرة على ضمان الصانع مع التهمة كصحيحة الحلبي - صحيحة ابي بصير وروايته وحسنة الحلبي ورواية محمد عن علي بن محبوب وفي خبر خالد بن الحجاج وجعفر بن عثمان عدم تضمين الملاح المأمون وعدم تضمين الجمال الغير المتهم وقد حمل في المختلف الاخبار الدالة على الضمان وعلى اعتبار البينة على التعدي والتفريط وعلى ما اذا أخر المتاع عن الوقت المشترط كما في خبر الكاهلي كما ستسمعه وقد وافقه على الاول المحقق الثاني وعلمها صاحب المسالك وفي الاخير نوع تفريط وهو بطرفيه حمل بعيد تأباه أخبار البينة وأخبار الامانة والتهمة على انه فاسد وقد يحمل بعضها على ما اذا تلفت في يده بسببه وان لم يتعد ولم يفرط ونفى في مجمع البرهان البعد عن حمل الشيخ لها في التهذيب على ما اذا كانا غير مأمونين وقال انه اجمع بحمل المطلق على المقيد لوجود القيد في روايات كثيرة قال وحاصله يرجع الى أنه ان ظهر التلف لا يكونون ضامنين والا ضمنوا قال ويشعر به خبر أبي بصير (قلت) لعله أراد خبره الذي تضمن أنه ان ادعى ان الثوب سرق من بين متاعه فعليه أن يقيم البينة وان سرق متاعه فليس عليه شيء وقد قال به أو مال

اليه في الكفاية وحاصله يرجع الى موافقة المفيد والسيد في بعض الاقسام وهذا الحمل يدفعه ماسنسمعه في حمل الاستبصار على ان بينه و بين أخبار البينة عموما وخصوصا من وجه والاخبار من الجانبين كثيرة وفيها الصحيح الأن تقول اذا قامت البينة ارتفعت التهمة وثبتت الامانة (وفيه) ان أقصى ما تقول البينة انه سرق قطعا وذلك لايدفع عنه التهمة اذ لعله كان بمواطأته وتدبيره وهكذا حمل الشيخ في الاستبصار صحيح معوية بن عمار عن أبي عبد الله عليه السلام قال سألته عن الصباغ والقصار فقال ليس يضمنان على انه اذا كان مأمونا يستحب لصاحبه أن لا يضمنه وان كان ليس بواجب وهو خيرته في موضع من النهاية واستدل على الاستحباب وجواز التضمين وان كان مأمونا بقوله عليه السلام في خبر أبي بصير كان علي عليه السلام يضمن القصار والصائغ يحتاط على أموال الناس وكان أبو جعفر عليه السلام يتفضل عليه اذا كان مأمونا ونحوه خبر الحلبي من دون تفاوت في المعنى وأخبار البينة لا تعارضه وحمل صاحب المفاتيح أخبار الضمان على صورة التفريط أو على ما اذا لم يكن لهم بينة ومعنى الاخير انهم اذا أقاموا البينة على هلاكه لا يضمنون والا ضمنوا وان كانوا مأمونين وهو أيضا موافق للمفيد والسيد في بعض الاقسام وهو معارض باخبار الامانة وعدمها وقال وقيل يضمن مطلقا ومعناه وان أقام البينة على هلاكه من دون تفريطه وهذا ليس قول المفيد ولا قول الاستبصار لانك قد عرفت أنه يقول باخبار البينة وانها لا تعارضه ثم ذكر حكم الملاح والمكاري وقال انهما لا يضمنان الا عند عدم البينه أو مع التفريط خلافا للشيخ مع ان الشيخ انما استند الى الحسن الوارد في الصائغ والقصار ولم يتعرض للمكاري والملاح وصريح كلامه ان ليس مراده خلاف الشيخ في الخلاف فلا معنى لابهامه أولا ان كان أراد الشيخ والتصريح به ثانيا في غير محله وان كان الحكم واحداً عنده الا أن يكون عول بالقيل على ماستسمعه عن الشرائع مع ما في عبارته في المقام من الايهام والتعقيد بلا فائدة (وليعلم) أنه قد اضطرب كلام المحقق اضطرابا شديداً قال اذا فسد الصانع ضمن الى أن قال أما لو تلف في يد الصانع لا بسببه من غير تفريط ولا تعد لم يضمن على الاصح وقضية كلامه ان هناك قائلا بالضمان وان علمنا عدم التفريط بالبينة أو الاشتهار وهو الذي فهمه في المسالك وجزم به قال أما الضمان لو تلف بغير فعله من غير تفريط فقيل انه كذلك بل ادعى عليه المرتضى الاجماع والظاهر انهما ماتوهمان اذ لم يقل به أحد منا ولا من العامة لانك ستعرف انا تتبعنا أقاويلهم بل لا أظن أحداً يقول به (وعساك تقول) لعله أراد الشيخ في الاستبصار وكذا النهاية في موضع منها (قلت) جوز في الاستبصار تضمين المأمون وما كان ليقول بتضمين من اشتهر وظهر هلاك العين عنده من دون تفريط بخلاف المأمون فان احتمال التفريط والخيانة والمواطأة قائم كما هو واضح سلمنا ولكن كيف يترك خلاف المفيد والسيد وينقل المذهب الشاذ النادر جدا ويقول في مقابلة الاصح الا أن تقول ان مفهوم كلامه اختيار مذهب المفيد كما هو واضح لكل من لحظه ثم انه قال في الشرائع بعد ذلك بعدة مسائل اذا ادعى الصانع أو الملاح أو المكاري هلاك المتاع وأنكر المالك كلفوا البينة ومع فقدها يلزمهم الضمان وقيل القول قولهم مع اليمين وهو أشهر الروايتين وهذه العبارة حرفا فحرفا وقعت في التذكرة في فصل التنازع ويمكن تنزيل العبارتين على ان الغرض انه ادعى التلف في يده لا بسببه و يكون غرضهما باشهر الروايتين التعريض بالمفيد والسيد ويبقى على الشرائع اختلاف اجتهاده فلا ضرر فيه على الفقيه هذا وما اختاره المصنف في الكتاب هو خيرة النهاية في أول كلامه والخلاف والمبسوط والمراسم والكافي والمهذب والوسيلة والسرائر وجامع الشرائع والتذكرة

والتحرير والارشاد والمختلف والتنقيح وايضاح النافع وجامع المقاصد والروض والمسالك بل هو ظاهر الشرائع في قوله أشهر الروايتين وصريحها في الموضع الآخر لانه يجب تنزيله على ذلك فراراً من الدعوى الكاذبة في أحد الاحتمالين وجمعا بين العبارتين وهو ظاهر الغنية بمفهومها الذي هو كالمنطوق وهو أشهر الروايتين كما في الشرائع وجامع المقاصد والاشهر كما في الكفاية وكذا الشرائع في الملاح وفي (جامع المقاصد) أنه هو المذهب الصحيح لاصحابنا وفي (السرائر) عليه الاكثرون المحصلون وهو الاظهر في المذهب وعليه العمل وفي (الخلاف) عليه اجماع الفرقة وأخبارهم وفي (الغنية) على ما فهمناه منها (وليعلم) ان قول المحقق والمحقق الثاني أنه أشهر الروايتين لا بد وان يراد أنه أشهر في الفتوى والعمل والافاخبار البينة وأخبار التهمة وقد روى بعضها بل اكثرها المحمدون الثلاثة في الكتب الاربعة وهي في العدد لا تقصر عن أخبار المشهور بل كادت تزيد عليها (وليعلم) أنه لا فرق عندهم بين الصانع وبين المكاري والملاح كما سمعته عن المقنعة وغيرها وصاحب المسالك قال انهما غير داخلين في اسم الصانع الذي وقع عليه الاجماع والشيخ ستند في ضمانهما الى رواية ضعيفة السند انتهى وقد تبعه على ذلك صاحب المفاتيح وهو كلام خال عن التحصيل من وجوه (الاول) ان الاجماع على ضمان الصانع انما هو فيما أتلفه بيده (والثاني) ان الشيخ لم يتعرض في الاستبصار للمكارى والملاح (والثالث) أنه استند في تضمين الصانع الى الحسنة وهي غير ضعيفة السند وهو غير المكاري عند صاحب المسالك (والرابع) ان ذلك فيما اذا ادعيا الهلاك الى غير ذلك وقد احتجوا عليه بالاصل وانهم أمناء وبصحيحة معوية بن عمار وقد سمعتها آنفا (وقال الصادق عليه السلام) في خبر بكر بن حبيب ان اتهمته فاستحلفه وان لم تتهمه فليس عليه شيء وقال أيضا عليه السلام في خبره الآخر لا يضمن القصار الا ما جنت يداه وان اتهمته أحلفته وفي خبر يعقوب ابن شعيب قال سألت أبا عبد الله عليه السلام عن الرجل يبيع للقوم بالاجر وعليه ضمان مالهم فقال اذا طابت نفسه بذلك انما كره من أجل اني أخشى أن يغرموه أكثر مما يصيب عليهم فاذا طابت نفسه فلا بأس وفي (صحيح) في الفقيه والتهذيب عن رجل استأجر أجيرا فاقعده على متاعه فسرق قال هو مؤتمن وفي (حسنة الكاهلي) اذا خالف أي الشرط وضاع الثوب بعد هذا الوقت فهو ضامن ومفهومه يدل على عدم الضمان ومثله خبر موسى بن بكر حيث قال فيه عليه السلام عليه النقصان ان كان اشترط ذلك وفي خبر حذيفة ما يدل على ذلك أيضا (وروى في الوسائل) عن كتاب اكمال الدين عن مولانا صاحب الزمان عليه السلام في هدايا حملت اليه أنه قال فيها أي الصرة ثلاثة دنانير حرام والعلة في تحريمها ان صاحب هذه الجملة وزن على حائك من الغزل منا وربع من فسرق الغزل فاخبر به الحائك صاحبه فكذبه واسترد منه بدل ذلك منا ونصف من غزلا أدق مما دفعه اليه وتخذ من ذلك ثوبا كان هذا من ثمنه ومن أقوى ما يستدل به على ذلك انهم أطبقوا على ان الغاصب اذا ادعى التلف يقبل قوله بيمينه كما تقدم بيانه فليتأمل في ذلك جيداً هذا وقد تقدم في آخر المطلب الثاني في عشرة كتب ومنها الشرائع أنه يكره أن يضمن الصانع مع انتفاء التهمة وهي ما نحن فيه لا فيما اذا فسد وقد اسبغنا الكلام فيها هناك فان كان المراد بها أنه يكره له أن يحاول تضمينه بتحصيل البينة عليه بتفريطه كما احتملناه هناك كانت نصة في مذهب المشهور وكذا ان كان المراد أنه يكره له بعد قيام البينة عليه بالتفريط أن يضمنه اذا لم يحصل له ظن بتهمته أو اذا لم يكن متهما بمواطأة السارق مثلا وان أبقيناها على ظاهرها كانت ظاهرة في مذهب المفيد كما تقدم بيانه وقد يقال ان الاخبار التي دلت

ولو تعدى بالعين فنصبت ضمن وان كانت ارضا شرط زرعها نوعا فزرع غيره (متن)

على الضمان قد اختلفت اشد اختلاف وتعارضت كما عرفت تعارضا لا يرجى جمعها على وجه يرفع الخلاف بينهما فقد كفتنا مؤنة نفسها الا أن تقول انها قد اتفقت على قدر مشترك وهو تضمين المتهم الذي لم يقم بينة وأنتم لا تقولون به قلت في خبر بن مسكان ان هذا يستحلف ونحن نقول بتضمينه ان لم يحلف ثم ان المفيد والسيد وبقية الاصحاب مجمعون على الاعراض عن أخبار التهمة والامانة بالكلية على سبيل الالزام لا الاستحباب فلا تنهض على معارضة أخبار المشهور وأخبار البينة وان صح أكثرها لا تقوى على معارضتها أيضا لاعتضادها باصل البراءة والقاعدة المجمع عليها من عدم تضمين الامين وأنه ليس عليه الا اليمين والشهرات والاجماعات وشذوذ العامل بها اذ لا عامل بها الا المفيد والسيد ولا ثالث لهما الا المحقق رحمه الله تعالى على اضطراب في كلامه وكذا المصنف في موضع من التذكرة بعد مضي ثلاث مائة سنة تقريبا معترفين بان عدم الضمان أشهر الروايتين بل قد عرفت أنهما ليسا بمخالفين ولو اغضينا عن ذلك كله كان لنا أن نقول ان هذا الاختلاف الشديد يقضي بانها خرجت مخرج التقية لان القائلين بالضمان فيما نحن فيه من العامة على اختلاف اقوالهم ابن ابي ليلى والثوري وابو يوسف ومحمد بن الحسن الشيباني والحسن بن حي والشعبي والليث والاوزاعي ومالك والشافعي في أحد قوليه واحمد في رواية عنه وبعض هؤلاء في عصر الصادق عليه السلام وبعضهم في عصر الكاظم عليه السلام وبعض في عصر الرضا عليه السلام والاخبار الواردة في الضمان انما هي عن الصادق والكاظم والرضا عليهم السلام وما حكيناه عن هؤلاء نقلناه عن الانتصار والخلاف والتذكرة فالاخبار الواردة عن الصادق عليه السلام كانت تقية من ابن ابي ليلى الذي هو قاضي الكوفة في أوائل عصر مولانا الصادق عليه السلام حكى ذلك عنه في التذكرة وحكى عنه في الخلاف وعن الشعبي ومالك والشافعي في أحد قوليه ان الاجير المنفرد في غير ملك المستأجر يضمن ما يتلف باي شيء تلف وفي الاخبار ما يرشد الى كونها خرجت تقية زيادة على اختلافها اذ فيها كان أمير المؤمنين عليه السلام يضمن القصار وكان أبي يتطول وكان ابو جعفر عليه السلام يتفضل (وفيها ايضا علي بن الحسين خ) وفيها ايضا قال قال امير المؤمنين صلوات الله عليه الاجير المشارك ضامن الامن سبع أو غرق أو لص مكابر وهذا قول ابي يوسف والشيباني وعبيد الله بن الحسن وهو مذهب الثوري وغير انه لم يقيد اللص بكونه مكابرا وهو في عصر الصادق عليه السلام فالخبران الواردان عن الكاظم عليه السلام يحملان على من ابي يوسف الذي هو في زمن الرشيد قاضي بغداد بل من محمد بن الحسن بل من الشعبي فان مذهبه مذهب ابن ابي ليلى مع أنهما كتابة وهي محل التقية واما الخبر الوارد عن الرضا عليه السلام فاجدر بان يحمل على التقية لان التقية كانت في زمانه شديدة (وليعلم) ان مالكا وأحمد في رواية عنه والشافعي في أحد قوليه قالوا بمقالة ابن أبي ليلى حكى ذلك عنهم في التذكرة والاوزاعي قال الاجير المشترك ضامن اذا لم يشترط له انه لا ضمان عليه وقال الحسن بن حي من أخذ الاجرة فهو ضامن تبرأ أو لم يتبرء وقال الليث الصناع وكلهم ضامنون لما افسدوا وهلك عندهم حكى ذلك عنهم في الانتصار وذلك كله يخالف قوله فيه انه من متفرداتنا ويمكن ان يراد أنهم لم يقولوا اذا لم يكن له بينة أو يشهر وقد أشار المصنف قوله سواء كان مشتركا أو خاصا الى اختلاف العامة في تضمين المشترك والخاص على اقاويل مختلفة ﴿ قوله ﴾ (ولو

ولو سلك بالدابة الاشق من الطريق المشترط ضمن وعليه المسمى والتفاوت بين الاجرتين ويحتمل اجرة المثل وكذا لوشرط حمل قطن فحمل بوزنه حديدا (متن)

تعدى بالعين فغصبت ضمن وان كانت ارضا شرط زرعها نوعا فزرع غيره ﴾ اما انه يضمن العين وان كانت أرضاً اذا تعدى فيها ولو بزرعها نوعا آخر غير ماشرط فلأنه لما تعدى صارت يده يد عدوان وضمان وقد حاول بوصل قوله وان كانت أرضاً الرد على بعض الشافعية حيث ذهب الى أنه لو شرط ذلك لم يصح الشرط لانه مخالف لمقتضى العقد وكان له أن يزرع ماشاء عملا بمقتضى العقد فانه يقتضي استيفاء المنفعة كيفما اختار وهو غلط لان ذلك ليس من مقتضيات العقد وانما هو من مقتضيات اطلاقه والشرط مخصص للاطلاق كما صرح بذلك في التذكرة وجامع المقاصد وقد تقدم بيان مثل ذلك في باب الخيار ﴿ قوله ﴾ ﴿ ولو سلك بالدابة الاشق من الطريق المشترط ضمن وعليه المسمى والتفاوت بين الاجرتين ويحتمل أجرة المثل ﴾ أما ضمانه فلا اشكال فيه كما في جامع المقاصد لعدوانه كما هو ظاهر وأما وجوب المسمى والتفاوت بين الاجرتين فلانه استوفى المنفعة المعقود عليها وزيادة فان الغرض الوصول الى الغاية وقطع هذه المسافة غاية ما في الباب انه شرط الاسهل فحصل الاشق وقد اشتركا في قطع المسافة وزاد هذا بالمشقة فالمسمى في مقابل المعقود عليه والتفاوت بين الاجرتين في مقابل زيادة المشقة عن الطريق المشروط لان هذه الزيادة لم يتناولها العقد فكان كما لو تعدى على المسافة المشروطة أو عدل عن حمل خمسين الى حمل مائة كما تقدم الكلام في مثله (وأما) احتمال أجرة المثل فلان الزيادة هنا غير متميزة وليس المعقود عليه جزأ من المستوفى بل هو غيره ومباين له فان المعقود عليه هو الانتفاع بالدابة في الطريق الخاص فهو عقد على وجه مخصوص وقد فات والمسمى انما هو في مقابله فيفوت بفواته فاذا استوفى غيره وجبت أجرة المثل وهذا هو الاصح كما في جامع المقاصد وقد تقدم بيان مثله بل قد عرفت ان بعضهم احتمل وجوبها فيما اذا تميزت الزيادة كما اذا تعدى المسافة المشروطة وحمل خبراً بي ولاد وكلام الاصحاب على الغالب والظاهر ان المراد بالتفاوت بين الاجرتين التفاوت بين أجرة المثل للمنافع المعقود عليها وأجرة المثل لما استوفاه كما في جامع المقاصد وقد فهم السيد عميد الدين فيما حكي عنه ان المراد التفاوت بين الاجرة المسماة وأجرة المثل ونوقش بانه ربما كان المسمى بقدر أجرة المثل للمجموع فلا يكون هناك تفاوت ويلزم ظلم المؤجر وربما كان المسمى قليلا جدا (وقد يجاب) بانه بناء على الغالب وعلى الاول فلو كانت أجرة المثل للمعقود عليها عشرة والمستوفاة خمسة عشر فالتفاوت خمسة يدفعها مع المسمى ويبقى الكلام فيما اذا كان قد استأجره على الطريق المشترطة بأضعاف أجرة المثل لكونه دينا أو نحو ذلك ثم سلك الطريق الاشق فانه لا يتأتى فيه الاحتمالان المذكوران وكذا اذا استأجر الدابة ليمضي بها الى مكان معين اياما معلومة بمقدار معين ثم انه استعملها في بلده في عمل آخر أجرة مثله تنقص عن المسمى أضعافا مضاعفة فانه لا يتأتى فيه الاحتمالان سيما الثاني ﴿ قوله ﴾ ﴿ وكذا لو شرط حمل قطن فحمل بوزنه حديدا ﴾ أي وكذا يجيء الاحتمالان السابقان في كل صورة لا تتميز فيها المستحق عما زاد كما اذا استأجر دابة ليحمل عليها قطنا فحمل بقدره حديدا وكما اذا استأجر دارا ليسكنها فأسكنها حدادا أو قصارا وأما ذا تميز فانه يجب المسمى وأجرة المثل والحاء من حمل مفتوحة على الظاهر وفي (جامع الشرائع) أنه هنا يضمن جميع قيمة وهو

ولو شرط قدرا فبان الحمل ازيد فان كان المستاجر تولى الكيل من غير علم المؤجر ضمن الدابة والزائد والمسمى وان كان المؤجر فلاضمان الا في المسمى وعلى المؤجر رد الزائد (متن)

قضية كلام غيره ﴿ قوله ﴾ (ولوشرط قدرا فبان الحمل أزيد فان كان المستأجر تولى الكيل من غير علم المؤجر ضمن الدابة والزائد والمسمى) كما في المبسوط والتذكرة والتحرير والارشاد وجامع المقاصد غيران في الارشاد انه يضمن نصف الدابة وفي الثاني انه المشهور بين الفقهاء يريد فقهاء العامة وفي الاخير انه لابحث في ذلك (قلت) قد عرفت ان بعضهم احتمل أن المؤجر يأخذ أجرة المثل للكل وقد احتمل الشافعي احتمالين آخرين وقد عرفت انه في الارشاد أحتمل ضمان نصف الدابة للاصل وقد تقدم انه احتمل في مثله التوزيع بالنسبة واحتمل مولانا المقدس الاردبيلي انه يقسط على الزائد على ماعلم انه لو كان الحمل ذلك فقط لم يحصل بالزيادة الضرر ثم بالنسبة ومعنى ضمان الزائد والمسمى انه يجب عليه دفع أجرة مثل الزيادة والمسمى للمؤجر وفي (المبسوط) انه لوا كتاله المستأجر وحمله المؤجر جاهلا فالحكم كذلك لانه قد غره فضعف المباشر وهو قضية اطلاق عبارة الكتاب لانها تقضي بتضمين المستأجر اذا كان هو الكيال على كل حال الا مع علم المؤجر بالحال وفي (التذكرة وجامع المقاصد) ان ذلك كذلك اذا دلس المستأجر عليه وأخبره بكيلها على خلاف ماهو به وفي الاخير انه اذا سكت ولم يخبر المؤجر بشيء وحمل أي المؤجر ففي كونه غاراله بمجرد الكيل وتهيئة ذلك للحمل احتمال (قلت) الظاهر انه غار كما اذا قدم له طعام الغير للاكل فأكله نعم لو كاله المستأجر زائدا وذهب عنه على وجه لايعد تهيئة وجاء المؤجر وحمله ثم ظهرت الزيادة فلا شيء على المستأجر ولعل هذه الصورة تدخل في اطلاق العبارة فليتأمل وفي ماعدا المبسوط انه لو علم المؤجر بالحال فلا ضمان على المستأجر لتفريط المؤجر بحمل الزيادة مع علمه بها وهل له الاجرة للزائد ففي (التحرير) فيه نظر وكذا التذكرة حيث ذكر الاحتمالين من دون ترجيح واستظهر في جامع المقاصد ان لاأجرة له عنها لتبرعه بحملها فيتجه أن يجب عليه ردها (قلت) احتمال لزومها قوي لانهما اذا كانا عالمين كانت من معاطاة الاجارة لانه لا يشترط فيها اللفظ كما هو الشأن في دخول الحمام وفي (التذكرة) ان قال احمل هذه الزيادة فالاقرب ان عليه الاجارة وفي (التحرير) فيه نظر واحتمل في جامع المقاصد لزوم الاجرة مع علم المؤجر بالحال وأخبار المستأجر بالكيل كذبا ولعله كذلك اذ مقتضاه طلب حمله المجموع فيكون حمل الزيادة مأذونا فيه وهذا اذا كانت الزيادة لا يقع الخطأ في مثلها وان كان يقع الخطا في مثلها كزيادة مقدار يسير فذلك معفو عنه وحاله حالة المسمى كما في المبسوط وقضيته انه لاأجرة لها كما صرح بذلك في التحرير ولا فرق في الزيادة في الكيل بالنسبة الى الاحكام المذكورة بين أن تقع عمدا أو غلطا لان ضمان الاموال لايعتبر فيه العمد والخطأ فالخطأ والغلط لايسقطان الضمان ولا يصيران ماليس بحق حقا كما نص عليه في الحواشي وجامع المقاصد وفي الاخير انه لاحاجة الى التقييد في عبارة الكتاب بعدم علم المؤجر اذا كان المستأجر هو المتولي للحمل (قلت) ولا بد من التقييد به اذا كان المؤجر هو المتولي للحمل ولما كان الغالب ان المؤجر المتولي للحمل والتحميل مع قوله ولا فرق الى آخره جرى بالقيد على الغالب هذا وان تولى الحمل أجنبي بأمر من كاله أو بأمر الآخر فهو كما لو حملاه أحدهما وساه انه ان كان بأمر من فعل الزيادة فالضمان على فاعلها مع جهل الاجنبي لامع علمه وكذلك اذا كان بأمر الآخر ان قلنا ان مجرد الكيل والتهيئة للحمل غرور ﴿ قوله ﴾ (وان كان المؤجر فلاضمان الا في المسمى

ولا فرق بين ان يتولى الوضع من تولى الكيل او غيره وان تولاه اجنبي من غير علمهما فهو متعد عليهما ويضمن الصانع ما يجنيه وان كان حاذقا كالقصار يخرق الثوب (متن)

وعلى المؤجر رد الزائد ﴾ كما صرح بالحكمين في المبسوط والتذكرة والتحرير والارشاد وجامع المقاصد ومعناه أنه ان كان المستولي للكيل هو المؤجر وقد تولى الحمل فلا ضمان على المستأجر ولا يجب عليه سوى المسمى ويجب على المؤجر رد الزيادة الى بلد الاجرة سواء علم المستأجر بالحال أم لا وسواء وقعت الزيادة من المؤجر عمداً أو غلطاً كما هو قضية اطلاق العبارة بل قضيته مع قوله فيما يأتي ولا فرق الى آخره عدم ضمان المستأجر اذا تولى الحمل سواء علم بالحال أم لا وسواء أمره المؤجر بالحمل مع علمه أو جهله أم لا مع انه اذا كان عالماً بالحال وتولى الحمل بنفسه من دون أن يأمره المؤجر ضمن قطعاً كما في جامع المقاصد وهو نص التذكرة وقضية التحرير لانه لما علم كان من حقه أن لا يحملها بل عليه أيضاً أجرة الزائد كما هو نص التحرير لكن قد يتأمل في قطع جامع المقاصد على بعض الوجوه نعم ان كان جاهلا فقد قوي في التذكرة أنه لا ضمان عليه ولا أجرة وهو الذي استظهرناه آنفاً لانه مغرور ولعله جرى في اطلاق العبارة على الغالب من أن المستأجر لا يتولى الحمل لكن قد يدفعه قوله ولا فرق (وليعلم) أنه حيث يجب رد الزيادة تكون مضمونة بالاولى ﴿قوله﴾ ﴿ ولا فرق بين ان يتولى الوضع من تولى الكيل أو غيره ﴾ هذا قد عرف الحال فيه مما تقدم في الاطلاقين ﴿ قوله ﴾ ﴿ وان تولاه أجنبي من غير علمهما فهو متعد عليهما ﴾ يضمن الدابة لصاحبها والطعام لمالكه وعليه أجرة الزيادة للمؤجر وعليه الرد الى الموضع المنقول منه ان طلبه مالكه كما نص على ذلك في التذكرة وجامع المقاصد وكذا التحرير والارشاد ومجمع البرهان وهو معنى قوله في المبسوط باوجز عبارة وأرشقها اذا اكتال أجنبي فالحكم في ذلك مترتب على ما قلناه فهو مع المكتري فيما يرجع اليه بمنزلة الجمال وهو مع الجمال بمنزلة المكتري انتهى وهذا كله اذا كان بدون اذنهما أ صلاً فلو كان بإذنهما من دون علمهما بالمقدار فهناك احتمالان لمولانا الاردبيلي (أحدهما) ان الحكم كذلك (الثاني) ان الضمان على الآذن فان كان منهما فان كان منهما فثلاثة احتمالات (أحدها) ان الحال في ذلك كما اذا كانا معاً هما المعتبرين (الثاني) أنه كاعتبار صاحب الدابة للاصل (الثالث) أنه كاعتبار صاحب الحمل هذا وان تولاه أي الحمل أحد المتعاقدين وهو عالم فالحكم كما لو تولاه بنفسه وان كان جاهلا فان أخبره الاجنبي كاذباً فهو كما لو تولاه الاجنبي والا فان عدّدنا الكيل والاعداد للحمل غروراً ضمن والا فلا ﴿قوله﴾ ﴿ ويضمن الصانع ما يجنيه وان كان حاذقاً كالقصار يخرق الثوب ﴾ ضمان الصانع ما يجني عليه يده ويفسده مما صرح به في المقنعة والانتصار والمراسم والنهاية والخلاف والمبسوط والمهذب والغنية والسرائر وجامع الشرائع والشرائع والتذكرة والتحرير والارشاد والتبصرة وسائر ما تأخر مما تعرض للمسئلة فيه وهو ظاهر المقنع أو صريحه وفي (الانتصار) الاجماع على ضمان الصناع كالقصار والخياط وما أشبههما لما جنته أيديهم على المتاع بتعد وغير تعد وفي (جامع المقاصد والمسالك والمفاتيح) الاجماع على ضمان الصانع ما يتلف بيده حاذقاً كان أو غير حاذق مفرط أو غير مفرط وفي (السرائر) نفي الخلاف بين أصحابنا عن ضمان الصانع والملاحين والمكارين بالتخفيف ما يجنيه أيديهم على السلع وفي (التنقيح) نفي الخلاف عن ضمان الصانع وفي (الكفاية) أنه لا يعرف فيه خلافاً وفي (الخلاف والغنية) الاجماع على ضمان الختان والحجام والبيطار ويدل على ضمان الصانع المفسد

والحمال يسقط الحمل عن رأسه أو يتلف بعثرته والجمال يضمن مايتلف بقوده وسوقه وانقطاع حبله الذي شد به حمله (متن)

صحيحة الحلبي عن أبي عبد الله عليه السلام في الرجل يعطي الثوب ليصبغه فقال كل عامل أعطيته أجرا على أن يصلح فاسد فهو ضامن ومثله حسنة الحلبي أيضا وخبر اسماعيل بن أبي الصباح ولعل الصواب فيهما اسماعيل عن أبي الصباح ليكون اسماعيل بن عبد الخالق أو ابن الفضل وأبو الصباح الكناني لكن الموجود في عامة النسخ ما نقلناه وخبر السكوني ﴿ قوله ﴾ ﴿ والحمال يسقط حمله عن رأسه أو يتلف بعثرته ﴾ قالوا في باب الديات يضمن حامل المتاع اذا كسره أو أصاب به غيره أو المتاع والمصدوم وقد حكينا هناك ضمانه المتاع اذا كسره عن أربعة عشر كتابا أو أكثر وحكينا هناك ما قاله هنا في جامع المقاصد من أنه يدل عليه النص والاجماع وقد صرح في أكثرها بأنه يضمنه في ماله وهو ظاهر الباقين وحكينا ضمانه في دية المصدوم عن ثمانية كتب أو أكثر وقلنا ان ظاهر الروضة أنه محل وفاق وحكينا عن كشف اللثام أنه قال الموافق للاصول أنه انما يضمن المتاع مع التفريط أو كونه عارية مضمونه ونحو ذلك عن المسالك والباعث لهما على ذلك ظاهرا ضعف الخبر وأنه في ضمان الانسان متروك الظاهر كما هو الظاهر من كشف اللثام مع أنه قد رواه المشايخ الثلاثة بطرق عديدة وفيها الصحيح في رواية التهذيب عن أبي عبد الله عليه السلام في رجل حمل متاعا على رأسه فاصاب انسانا فمات وانكسر منه قال هو ضامن ومع ذلك له عاضد وانجبر بعمل الاصحاب فتخصص به الاصول مع اعتضاده أيضا بخبر زيد بن علي عن آبائه عليهم السلام وقلنا ما لم نجد عاملا بصحيح أبي بصير الذي اشتمل على التفصيل في كسره الاناء بالامانة وعدمها الا الشيخ في التهذيب جمع به بين غيره من الاخبار واما أنه متروك الظاهر في ضمان الانسان فلأنه انما يضمنه في ماله اذا تعمد الصدم دون الاتلاف ولم يكن متلفا غالبا والا فهو متعمد عليه القصاص أو مخطئ محض على عاقلته القصاص وجوابه أنه في الاقسام الثلاثة يصدق أنه ضامن عرفا في مقابلة قولنا ليس عليه شيء وهو بالنسبة الى العاقلة لمكان الملابسة اذ يكفي ادناها على ان المقدس الاردبيلي في ذلك كلاما حكيناه هناك وتمام الكلام في المسئلة في باب الديات ﴿ قوله ﴾ ﴿ والجمال يضمن ما يتلف بقوده وسوقه وانقطاع حبله الذي شد به حمله ﴾ كما في التذكرة والتحرير وجامع المقاصد وفي الاخير ان دليله النص والاجماع ولعله أراد بالنص الاخبار الثلاثة التي سلفت من كل أجير يعطى الاجرة على أن يصلح فيفسد فهو ضامن كل عامل أعطيته أجرا كل من يعطى الاجر والا فليس في الباب خبر يدل على ذلك بالخصوص لان الظاهر أنه أراد ان التلف مستند الى نفس القود والسوق لا الى ما تجنيه الدابة حال قودها وسوقها برأسها ويديها ورجليها فان الاخبار والاجماعات بذلك متضافرة كما حكينا ذلك في باب الديات وأما الاجماع فكأنه استنباطي بمعنى أنه استعلم مقالة من لا يعلم بوضوح الدليل وبمقالة من يعلم وان قل ويشهد له اطلاقات أكثر عبارات القدماء ففي (النهاية) كل من أعطى غيره شيئا ليصلحه فيفسده على أنه قد يدخل في اشباه الصانع من (في خ ل) عبارة الانتصار والمقنعة والنهاية والمراسم ثم ان الجمال مكاري وقد سمعت ما في السرائر من نفي الخلاف عن ضمان المكارين وقد يفهم ضمانه من عبارة النهاية ثم ان المناط منقح ولو قال وانقطاع الحبل الذي يشد به حمله لكان اشمل لان الحبل لو لم يكن للمؤجر وانقطع فتلف من الحمل شيء بانقطاعه فضمانه على

والملاح يضمن ما يتلف من يده أو جذفه أو مايعالج به السفينة والطبيب (متن)

المؤجر وان كان المستأجر لان المؤجر للنقل يجب عليه كل مايعد من لوازمه فاذا تلف شيء بسببه لزمه كانقطاع الحبل والظاهر أن نفر الدابة من نفسها كانكسار السفينة لا ضمان به ولو نفرها أحد فالضمان عليه نصا مستفيضا واجماعا معلوما ﴿ قوله ﴾ ﴿ والملاح يضمن ما يتلف من يده أو جذفه أو ما يعالج به السفينة ﴾ نصا واجماعا كما في جامع المقاصد وبه صرح في التذكرة والتحرير وكذا النهاية بل والانتصار لكان ذكره الاشياء مضافا الى الاطلاقات وقد سمعت ما في السرائر من نفي الخلاف عن ضمان الملاحين ثم ان المناط منقح والجذف بالدال والذال معا والمراد بما يعالج به السفينة الاحبال والاخشاب ونحو ذلك وفي (التحرير) أنه لا فرق في ضمان الملاح بين أن يكون قد تعدى أم لا ولا بين أن يكون رب المال حاضرا أو غائبا كما يأتي في الكتاب ﴿ قوله ﴾ ﴿ والطبيب ﴾ أي يضمن الطبيب اذا أتلف كما في التذكرة والتحرير والارشاد وجامع المقاصد ووصفه في التذكرة بالماهر وقال في (التحرير والارشاد) وان كان حاذقا وفي الاخير وان احتاط واجتهد وقال في (التذكرة) الطبيب الماهر اذا قتله بطبه أو وصفه دواء عالجه به (قلت) لا ريب أنه اذا سقاه بيده وعلم ترتب التلف عليه يقال عرفا أنه تلف بدوائه وكذلك اذا شرب بامره وان لم يباشر ذلك بيده وكذلك اذا شرب بوصفه كما اذا قال له مرضك كذا ودواءه النافع له كذا كما هو المتعارف من احوال الاطباء يشخص المرض ويصف له الدواء ولا يباشر سقيه بيده ولا يأمره ويلزمه به نعم لو قال الدواء الفلاني نافع للمرض الفلاني فلا ضمان وأما اذا قال لمثل هذا المرض فيه تأمل كما في مجمع البرهان والكفاية (وليعلم) انا استوفينا في باب الديات الكلام في المسئلة اكمل استيفاء بل هو من متفردات الكتاب وقد كتبنا ذلك قبل هذا وخلاصته انه ان كان قاصرا ضمن اجماعا كما في (التنقيح)وكذا اذا قصر وان كان عارفا وقد استظهر في مجمع البرهان أنه لا خلاف فيه وهو كذلك وكذلك اذا كان عارفا وعالج صبيا أو مجنونا أو مملوكا بدون اذن الولي والمالك وظاهر ديات التنقيح الاجماع على الضمان في هذه الثلاثة أو بالغا عاقلا من دون اذنه وانما الخلاف في العارف الماهر علما أو عملا اذا عالجه باذنه وتلف فابن ادريس على عدم الضمان وهو صريح التحرير ومفهوم عبارة المهذب وعبارة الكتاب قال في الكتاب ولو ختن صبيا بغير اذن وليه أو قطع سلعة انسان بغير ارادته أو من صبي بغير اذن وليه ضمن ونضيته كما هو صريح التحرير انه مع الاذن لا يضمن والضمان خيرة المفيد وسلار والشيخ والقاضي وابو الصلاح والطوسي وابن زهرة والمحقق والآبي والمصنف وولده والشهيدان وابو العباس والمقداد والمحقق الثاني والقطيفي وغيرهم وهو المنقول عن الكيدري والطبرسي ونجيب الدين ولعل المولى الاردبيلي والخراساني متأملان في الضمان في صورة الوجوب على الطبيب في اجارة الكتاب (وليعلم) ان التقييد بكون العلاج باذنه قد خلت عنه عبارات القدماء صريحا لكنه ظاهرهم كما في غاية المراد وهو الذي فهمه ابن ادريس منهم والمحقق ومن تاخر عنه جعلوا النزاع بين ابن ادريس والجماعة مع الاذن وقد قلنا ان الظاهر ان ابن ادريس حمل كلام المتقدمين على صورة عدم الاذن وجعلهم موافقين له كما بينا ذلك هناك وأوضحناه ومما حكم فيه بالضمان مع عدم التقييد بالاذن ديات المقنعة والنهاية والمراسم والوسيلة والغنية والنافع وكشف الرموز والتبصرة واجارة التذكرة والتحرير

والكحال والبيطار سواء كان مشتركا او خاصا وسواء كان في ملكه او ملك المستاجر وسواء كان رب المال حاضراً او غائبا وسواء كان الحمل الساقط بالسوق أو القود آدميا او غيره (متن)

والارشاد والروض (١) وجامع المقاصد في موضع من الاخير ومما صرح فيه بالضمان مع الاذن ديات الشرائع والتحرير والارشاد والايضاح والمسمة وغاية المراد والتنقيح والمسالك والروض (٢) والروضة والرياض واجارة جامع المقاصد في موضع آخر من الاخير وقواه في الحواشي وفي (المسالك) أنه الاشهر وعليه الشيخ والاتباع وفي (المفاتيح) انه المشهور (واحتج) ابن ادريس بالاصل وانه اسقط الضمان باذنه وانه فعل سائغ فلا يستعقب ضمانا (واحتج) الاصحاب بانه قد حصل التلف ولا يطل دم امرىء مسلم وأما اذن له في العلاج لا في الاتلاف . واحتج) لهم باجماعي الغنية ونكت النهاية وبقول أمير المؤمنين عليه السلام من تطبب أو تبيطر فليأخذ البراءة من وليه والا فهو ضامن وانه ضمن ختانا قطع حشفة غلام والمشهور بينهم انه يبرء بأخذه البراءة من المريض أو الولي وقد نقلنا هناك عن أحد عشر كتابا انه يبرء بأخذه البراءة من المعالج أووليه وقد حكاه في غاية المراد عن الشيخين واتباعهما ونقلنا ما استدلوا به على ذلك من الاخبار والاجماعات الظاهرة في ذلك وأسبغنا الكلام في ذلك وحكينا هناك عن المصنف هنا انه استشكل وكذ ولده في الايضاح كما يأتي وقلنا أن المراد من الابراء انه لا ثبت عليه ضمان وحق لو حصل الموجب وانه لاستبعاد في ذلك لمكان الحاجة وانه شرط يجب الوفاء به وان ما فهمه كاشف اللثام وصاحب المسالك من أن المراد الابراء مع وجود سببه يخالف العرف وفهم الاصحاب وتمام الكلام في باب الديات ﴿قوله﴾ (والكحال والبيطار) قد قلنا في باب الديات ان البيطار طبيب الدواب فحاله حال الطبيب في جميع الاحكام وقد حكي هنا الاجماع في الخلاف والغنية على الضمان في الختان والحجام والبيطار واجماع المسالك متناول الثلاثة على الظاهر ومما نص فيه على الضمان في الختان والحجام المهذب والشرائع والتذكرة والتحرير والارشاد وجامع المقاصد وغيرها وقد سمعت ما روي عن أمير المؤمنين في الختان وفي ديات المختصر ان عليها عمل الاصحاب وفي ديات تعليق النافع أن عليها العمل وفي ديات النافع والتحرير أنها مناسبة للمذهب وقال في ديات الشرائع أنها صحيحة لكنه حملها على أنه فرط حيث قطع غير ما اريد منه وأراد بالصحة غير المتعارف عندنا وفي (التحرير) لو لم يتجاوز محل القطع مع حذقه في الصنعة فاتفق التلف فانه لا يضمن وقوي عدمه البعد في الكفاية (وفيه) أنه كيف لا يضمن اذا كان التلف مستندا الى فعله والكحال طبيب العيون وهو داخل في جملة اطلاقاتهم وفي الاشباه في كلامهم ثم ان المناط متحد ﴿قوله﴾ (سواء كان مشتركا أو خاصا وسواء كان في ملكه أو ملك المستاجر وسواء كان رب المال حاضراً أو غائباً وسواء كان الساقط بالسوق

---

(١) كذا في النسخ وقد ذكرنا في بعض الحواشي السابقة احتمال كونه سهواً من النساخ لكون روض الجنان للشهيد الثاني ليس فيه سوى العبادات ثم علمنا ان لابي الفتوح الرازي كتابا يسمى روض الجنان لقول الشارح في صلوة العيدين صحفة ١٨٥ وروض أبي الفتوح وذكره أيضاً في غير ذلك الموضع وقول صاحب المقابيس في مقدمة كتابه واذا ذكر روض الجنان أو روح الجنان فالرازي انتهى فلعله المراد هنا (٢) كذا في النسخ وقد مر احتمال أن يراد به روض أبي الفتوح لكن ينافيه ذكره بين الروضة والمسالك كما لا يخفى على من علم طريقة الشارح في سرد أسماء الكتب فليراجع (محسن الحسيني العاملي)

ولو اتلف الصانع الثوب بعد عمله تخير المالك في تضمينه اياه غير معمول ولا اجر عليه وفي تضمينه اياه معمولاً ويدفع اليه اجرته ولو نقصت قيمة الثوب عن الغزل فله قيمة الثوب خاصة للاذن في النقص ولا اجره وكذا لو وجب عليه ضمان المتاع المحمول تخير صاحبه بين تضمينه اياه بقيمته في الموضع الذي سلمه ولا اجر له وتضمينه في الموضع الذي افسده ويعطيه الاجرة الى ذلك المكان (متن)

وانّ ودآدميا أوغيره ﴾ نبه بذلك على تفصيل العامة في ذلك فان بعضهم فرق بين المشترك والمفرد وجمعا منهم فرق بين ان يعمل في ملك نفسه فيضمن وفي ملك المستأجر فلا يضمن ومثله مالو كان صاحب المتاع حاضراً فانهم أجروه كالاجير الخاص في عدم الضمان ولا ريب في ضمان التالف بجناية الاجر آدميا كان أو غيره كما في جامع المقاصد فاذا سقط الراكب أو المتاع بسوق الاجير أوقوده ضمن ﴿ قوله ﴾ ﴿ ولو اتلف الصانع الثوب بعد عمله تخير المالك في تضمينه اياه غير معمول ولا أجرة عليه وفي تضمينه اياه معمولاً ويدفع اليه أجره ﴾ كما في التذكرة والتحرير وجامع المقاصد (اما الاول) فلأن أجر العمل لا يستقر الا بعد تسليمه والمفروض انه لم يسلمه فلم تستقر عليه أجرة (وأما الثاني) فلانه ملكه على تلك الصفة فله المطالبة بعوضه كذلك فوجبت عليه أجرة العمل وهو المسمى (وقد يقال) على هذا انه قد تقرر في باب التفليس وفي أوائل الباب أن الاعمال تجري مجرى الاعيان و يأتي ايضا تحقيقه قريبا فيقال حينئذ أنه لم يستقر ملك صاحب الثوب على العمل الا بتسليمه وتسلمه فيجري مجرى العين المبيعة التي تلفت قبل القبض فان تلفها يكون من مال البائع ولا عوض لها فكذلك هنا ولعله لهذا اقتصر في المبسوط على الشق الاول ولم يذكر التخيير سلمنا لكن هذا التخيير انما يتم على القول بأنه يملك الاجرة بمجرد العقد وأما على مافهمه ابن ادريس والمحقق وغيرهما من الشيخ من أنه لايملكها الا بالتسليم فيصح ان يضمنه اياه معمولاً وغير معمول ولا أجر عليه في الحالين أما (الاول) فلانه ملك وهي على تلك الصفة على مايختاره المصنف هنا ولا يلزم من سقوط حق الاجير عن المنفعة سقوط اعتبارها بالنسبة الى المالك (وأما الثاني) فظاهر لانه لا اجر أصلا للعمل الا بعد التسليم وانت اذا لحظت ما احتملناه في مناقشة الكتاب ظهر لك ان ما نسب الى الشهيد في الحواشي المنسوبة اليه غير سديد ﴿ قوله ﴾ ﴿ ولو نقصت قيمة الثوب عن الغزل فله قيمة الثوب للاذن في النقص ولااجرة ﴾ يريد أنه لو نسج الثوب ثم اتلفه وكانت قيمته ثوبا انقص من قيمته غزلا فله قيمه الثوب لاقيمة الغزل لان النقص الحاصل بالنسج غير مضمون لصدوره بالاذن وحيث لم يكن لعمله أثر في زيادة القيمة فليس للمالك مطالبة الاجير بشيء عنه وليس للاجير مطالبته بالاجرة لانه لم يسلم اليه العمل واما اذا كان لعمله أثر في زيادة القيمة كان له أن يطالبه بقيمته غزلا ولا أجر له وان يطالبه بقيمته منسوجا ثوبا وعليه أجرة النسج وفيه ما سمعته آنفا وكذلك اذا ساوت قيمة الثوب قيمة الغزل ﴿ قوله ﴾ ﴿ وكذا لو وجب عليه ضمان المتاع المحمول تخير صاحبه بين تضمينه اياه بقيمته في الموضع الذي سلمه ولا أجر له وتضمينه في الموضع الذي أفسده ويعطيه الاجر الى ذلك المكان ﴾ كما في التذكرة والتحرير وجامع المقاصد والوجه فيهما ظاهر مما تقدم وظاهر اطلاق عبارات المصنف في الكتاب وغيره أنه لافرق بين ما اذا زادت القيمة بالنقل وعدمه

ولو استأجره لحياكة عشرة اذرع في عرض ذراع فنسجه زائداً في الطول والعرض فلا اجر له على الزيادة وعليه ضمان نقص المنسوج فيها فان حاكه زائداً في الطول خاصة فله المسمى (متن)

(ووجهه في جامع المقاصد) بان التضمين في موضع الافساد أثر استحقاق العمل المستأجر عليه اعني النقل فاذا رضي بالمطالبة بموضع الافساد فقد رضي بكونه حقاله فيجب عليه المسمى (وفيه) انه اذا كان قد قد استأجره على النقل لموضع الافساد لزمته الاجرة رضي ام لم يرض زدت قيمته أم نقصت (وليعلم) أنه لايجري فيه ما احتملاه هناك اذ لاتلف ولا اتلاف هنا للاجرة لان المالك قد وصل اليه ماشرطه عليه وهو ايصالها الى المكان المعلوم ولا يتأتى فيه ايضا ماذكرناه على قول الشيخ الا أن تقول ان الموضع الذي أفسده فيه غير الموضع الذي استأجره للنقل اليه ثم يرد شيء آخر وهو انه لاوجه لتضمينه اياه في الموضع الذي سلمه فيه وهو فيه أمين أجير غير مفرط ولا متعد كما اذا استأجره ليحمله من البصرة الى الكوفة واتلفه في الكوفة فكيف يضمنه قيمته في البصرة بل لوكان غاصباً في المثال غير مأذون في النقل الى موضع الافساد كانت عليه قيمته يوم التلف كما هو الاصح والمشهور والاوفق بالاصول مع ان صريح المحقق الثاني وظاهر المصنف في كتبه انه مأذون فيه مستأجر عليه والجار في قوله في الموضع الذى سلمه صلة تضمينه لاقيمته بل يصح تعلقه بها ايضا لوضوح المراد ﴿ قوله ﴾ ﴿ ولو استأجره لحياكة عشر في عرض ذراع فنسجه زائداً في الطول والعرض فلا اجر له عن الزيادة وعليه ضمان نقص المنسوج فيها ﴾ كما في التحرير وجامع المقاصد وكذا الحواشي وهو صريح كلام التذكرة قطعاً اذا لوحظ جميع كلامها في أقسام المسئلة والوجه في الحكمين ظاهر (اما الاول) وهو عدم استحقاقه أجر الزيادة فلعدم الاذن فيه كما في جامع المقاصد أنه لاريب فيه (واما الثاني) وهو ضمانه نقص قيمة الغزل بالنسج الواقع في الزيادة فلانه تصرف في مال الغير بغير اذن فيكون ضامناله ولنقصه وهذان الحكمان للزيادة فقط (وليعلم) أن بعض ماعندنا من نسخ الكتاب عطف فيه العرض باو وبعضها بالواو وحكى هذا الاخير في الحواشي عن ثلاث نسخ وحكاه عن التحرير والموجود فيما عندنا من نسخه فنسجه زائداً فيهما وهو في معنى العطف بالواو وحكى في جامع المقاصد اختلاف النسخ ايضا وقال لايخفى أن اوأحسن لان العطف بها يتناول ماذا زاد في الطول أو العرض أو فيهما لان ما زاد فيهما فقد زاد في أحدهما قال فيكون هذا اشارة الى الاقسام وبيانا لحكم الزيادة ومابعده تفصيل لاحكام الاقسام كلها فلا يكون في العبارة تكرار ولا خلل (قلت) وكذا قال الشهيد وهو كذلك لكن جمله الزائد فيها زائداً في أحدهما خلاف المعروف وان كان الواقع كذلك والذراع مؤنث سماعي وقد يذكر كما في القاموس ﴿ قوله ﴾ ﴿ وان حاكه زائداً في الطول خاصة فله المسمى ﴾ كما في التحرير وكذا التذكرة وجامع المقاصد غير انه استحسن في الاخيرين غير ماذهب اليه بعض الشافعية من انه لايستحق شيئا البته لاعن الاصل ولا عن الزيادة لانه في آخر الطاقة الاولى من الغزل صار مخالفا لامره فاذا بلغ طولها عشرا كان من حقه ان يعطفها لتعود الى الموضع الذى بدأ منه فاذا لم يفعل وقع ذلك وما بعده في غير الموضع المأمور به وهو الذى صححه في الايضاح ووجه خيرة الكتاب أنه قد أتى بالمستأجر عليه وزيادة وهو جيد حيث لم يلزم من ذلك مخالفة كما لو دفع اليه سدا لينسج منه عشرا في طول ذراع فزاد فان له المسمى ولا اجر للزيادة وهذا كله اذا لم يؤثر نقصا في الثوب أو مخالفة شرط كالصفاقة وعدمها والا فلا اجرة له وعليه الارش كما

وان زاد فيهما اوفي العرض احتمل عدم الاجر للمخالفة والمسمى وكذا لو نقص فيهما لكن هنا ان اوجبنا المسمى اسقط بنسبة الناقص ولو قال ان كان يكفي قيصا فاقطعه فقطعه فلم يكف ضمن ولو قال هل يكفي قيصا فقال نعم فقال اقطعه فلم يكفه لم يضمن (متن)

في التذكرة والتحرير والحواشي وجامع المقاصد وبالاخير صرح في المختلف والمراد ارش نقص الثوب عن قيمة الغزل ومثل ذلك كله يجيء في العرض (وقال القاضي في المهذب) ان الحائك اذا خالف أمر المالك فنسج أكثر أو أقل خير صاحبه بين أخذه ودفع الاجرة و بين أن يضمنه مثل غزله و يدفع الثوب اليه وهو المحكي عن الشيباني فيما اذا زاد في أحدهما ونقص في الآخر لان غرضه لم يسلم له وقد رماه الشهيد بالضعف (قلت) لانه وجد عين ماله فلم يكن له المطالبة بعوضه ﴿ قوله ﴾ ﴿ وان زاد فيهما أوفي العرض احتمل عدم الاجر للمخالفة والمسمى ﴾ كما في التذكرة فيهما من دون ترجيح وقرب في التحرير ان له المسمى فيهما على اشكال ونحوه ما في الحواشي وفي (الايضاح وجامع المقاصد) ان الاصح انه لا أجر له لان المعمول غير المأمور به فلا يكون مأذونا فيه ووجه ثبوت المسمى انه أتى بالمشترط وزيادة وانه اما يستحق الاجرة بعدم الزيادة خاصة وهو محال أو بمجرد العمل وهو المطلوب أو بهما وهو محال أيضا (ويجاب) بانه جاز أن يستحق بالعمل بشرط عدم الزيادة وقد توقف المصنف فيما لو زاد في العرض وجزم بالمسمى فيما لو زاد في الطول لان زيادة الطول لا تنافي وجود المأمور به بخلاف العرض لان ماعرضه ذراع ونصف يخالف ما عرضه ذراع وان زيادة العرض داخلة في نفس الثوب وزيادة الطول خارجة عن المقدار ولهذا يمكن قطع زيادة الطول و يبقى الثوب بحاله بخلاف العرض ﴿ قوله ﴾ ﴿ وكذا لو نقص فيهما لكن هنا ان أوجبناه أسقط بنسبة الناقص ﴾ أي يحتمل عدم الاجر والمسمى لو نقص في الطول والعرض معا أو على الانفراد ولعل موضع الاحتمالين ما اذا دفع اليه غزلا لينسجه عشرا فجعل طول السدا من أول الامر تسعا ولا كذلك لو جعله من أول الامر عشرا كما امره المالك فنسج منه تسعا ولم يرجح أيضا في التذكرة ثم احتمل انه ان جاء به ناقصا في العرض ان لا شيء له بخلاف مالوجاء به ناقصا في الطول وقال في (التحرير) لو نسجه ناقصا في الطول فالاقرب انه يستحق بنسبة عمله من الاجرة ولو كان ناقصا في العرض فالاشكال فيه أقوى وفي (الايضاح وجامع المقاصد) ان الاصح انه لا أجر له وقال في (التذكرة والتحرير) ان نسجه زائدا في أحدهما ناقصا في الآخر فلا شيء له عن الزيادة وكان الحكم في النقصان ماذكرنا وقد سمعت ما ذكره كما سمعت ما حكي عن الشيباني ولا يخفى انا لو أوجبنا هنا المسمى أسقطنا منه بنسبة الناقص لانه لم يأت بالمستأجر عليه كله فلا يستحق جميع المسمى وتعرف نسبة الناقص في العرض أو الطول أو فيهما بتكسير الثوب باعتبار المستأجر عليه و باعتبار المنسوج ثم ينظر مقدار التفاوت فينسب الى المستأجر عليه و يسقط من المسمى بتلك النسبة ﴿ قوله ﴾ ﴿ ولو قال ان كان يكفيني قيصا فاقطعه فقطعه فلم يكف ضمن ولو قال هل يكفي قيصا فقال نعم فقال أقطعه فلم يكفه لم يضمن ﴾ كما صرح بالحكمين في التذكرة والتحرير وجامع المقاصد وضمين من الاخير (ووجه) الضمان في الاولى انه لم يأذن له في القطع الا بشرط كونه كافيا قميصا فحيث لم يكف كان عاديا لتصرفه بغير اذن ولا أثر لتوهمه كونه كافيا (ووجه) عدمه في الثانية انه قطع باذن من المالك غير مشروط والتقصير من المالك حيث اطلق الاذن اعتمادا على قول الخياط

ولو قال اقطعه قميص رجل فقطعه قميص امرأة احتمل ضمان ما بينه صحيحا ومقطوعا وما بين القطعين ولا يبرء الاجير من العمل حتى يسلم العين كالخياط ان كان العمل في ملكه ولا يستحق الاجرة حتى يسلمه مفروغا (متن)

فاقصى ما في الباب انه غشه وكذب عليه وذلك لا يوجب الضمان وعن أبي ثور انه يضمن في المسئلتين لانه قد غره فتساويا في الضمان (وأجاب) عنه في التذكرة بان الضمان في الاولى ليس باعتبار غروره كما تقدم بل باعتبار عدم الاذن في قطعه لان أذنه في الاول مقيد بشرط كفايته فلا يكون مأذونا في غير ما وجد الشرط فيه (وفيه) ان ذلك جاز في الثانية عرفا على انكم لا تنكرون انه في المسئلتين مغرور لان الخياط إما مخطئ أو غاش غير انه انضم الى الغرور عدم الاذن وفي الثانية حصل الاذن على تقصير من المالك حيث أخلد الى قول الخياط فابو ثور يقول ان المغرور يرجع على من غره وان أذن المالك انما صدر بسبب انه غره فهو في الواقع مقيد بشرط كفايته فلا اذن أيضاً والتقصير المذكور جار في كل مغرور وليس هو باعظم من تقديم الغاصب طعام المالك اليه وتسليطه اياه على اتلافه بالضيافة فانه قد صار في يده وتصرف فيه تصرف الملاك مع انه يرجع عليه بمثله أو قيمته فتصرفه هناك كاذنه هنا انما صدرا اعتماداً على قول الخياط وقول الغاصب وفعله ولو انه فحص وتفكر في الموضعين لوقف على حقيقة الحال فليتأمل ﴿ قوله ﴾ ﴿ ولو قال أقطعه قميص رجل فقطعه قميص امرأة احتمل ضمان ما بينه صحيحاً ومقطوعا وما بين القطعين ﴾ وجه الاول أنه عاد متعد بهذا القطع والقطع المأذون فيه لم يفعله وما فعله مضمون لانه منهي عنه أو تقول انه غير ماذون فيه وفي (التحرير) انه اقوى وفي (الايضاح) انه الاصح فيلزمه ارش قطعه الا أن تكون بعض القطع صالحة للرجل والمرأة بغير تفاوت فلا يلزم ارش قطعها لانه مأذون فيه ولا أثر لقصد المرأة به ووجه الثاني ان القطع المطلق مأذون فيه وقد قيده بهذا القيد فاوجده بقيد آخر فيضمن تفاوت ما بين القطعين وعلى التقديرين لا اجرة له ﴿ قوله ﴾ ﴿ ولا يبرء الاجير من العمل حتى يسلم العين كالخياط ان كان العمل في ملكه ولا يستحق الاجرة حتى يسلمه مفروغا ﴾ معناه انه لا يبرء الاجير من العمل الواجب عليه بعقد الاجارة الذي صار بذلك حقا للمستأجر ولا يستحق تسليم الاجرة اليه حتى تسلم العين مفروغ من العمل على الوجه الذي جرى عليه العقد اذا عمل الاجير في ملك نفسه فمعنى قوله لا يستحق الاجرة لا يستحق تسليمها (وحاصله) ان الاجير اذا عمل في ملكه لا يبرء من الحق ولا يستحق تسليم الاجرة حتى يسلم العين ولو عبر بذلك كان أخصر واوضح وقد جزم هنا بالامرين ولم يجزم بواحد منهما في التحرير وقد قرب في المطلب الثاني من الكتاب اشتراط تسليم العمل في وجوب تسليم الاجرة وهو خيرته في التذكرة وولده والمقداد والمحقق الثاني والشهيد الثاني وقد اسبغنا الكلام في ذلك هناك اكمل اسباغ وبينا هناك أن الشيخ قال ان كان العمل في ملك الصانع لا يستحق الاجرة حتى يسلم ونقلنا عنهم ابن ادريس والمحقق وغيرهما انه لا يملكها حتى يسلم وان ذلك توهم وان مراده بقرينة ما تقدم له انه لا يجب على المستأجر دفع الاجرة حتى يسلمه العين وبينا ان هذه الكلمة ذات وجهين (أحدهما) انهما يتقابضان (والثاني) انه يجب عليه تسليم العين والعمل قبل وفرقنا بين استحقاق المطالبة واستحقاق التسليم لانه قد يستحق المطالبة ولا يستحق التسليم عليه الا بالتسليم له وازلنا الاشكال وبينا الحال وحكينا عن السرائر والشرائع والارشاد والروض ومجمع البرهان

انه لايشترط في استحقاق الاجرة والمطالبة بها تسليم العمل بل قد يظهر من المقدس الاردبيلي القول أو الميل الى أنه يجب على المستأجر تسليم الاجرة وان لم يتسلم العين قال نعم يجب على الاجير تسليم العين اذا طلبها المؤجر واستند في وجوب ذلك على المستأجر وان لم يتسلم العين الى انه ملك الاجرة بالعقد فلا يجوز منعه منها متى طلبها خرج ماقبل العمل بالاجماع وبقي الباقي واستدل عليه بقول (الصادق عليه السلام) في حسنة هشام في الحمال والاجير لايجف عرقه حتى تعطيه أجرته وهو باطلاقه يتناول ماقد سلمه وما اذا لم يسلمه وهو استنباط جيد وبعموم اوفوا بالعقود وأيده بوجوب أجرة العقارات قبل الاستيفاء (قلت) لاوجه لتخصيص العقارات بالذكر بل الحكم جار في سائر الاعيان فانه يجب على المستأجر دفع أجرتها اذا سلمت وان لم يستوف منفعتها على انه في الواقع غير نافع له والزمهم بما اذا استأجره ليعمل له في أرضه فانه استظهر منهم أنه لايحتاج الى تسليم الارض في وجوب الاجرة على نحو تسليم العقارات واكتفي بالعمل وان غصبت الارض أو خربت العمارة (قلت) ولا يقال ان خروج الاجير منها تخلية وتسليم لها لانه يطرد وان بقيت آلاته فيها وعمله (وجوابه) ان الارض لم تخرج من يد المالك فلا نقض ثم قال أن يد الاجير بمنزلة يد المستأجر لانه وكيل ومأذون وودعي له ثم انه منع عليهم كلية قولهم انه لايستحق الاجرة الابعد التسليم وقال انه لايعرف عليها دليلا خصوصا اذا كان العوض منفعة بعد ثبوت الملك (قلت) دليلهم على الكلية انها معاوضة فلا يجب فيها دفع أحد العوضين من دون دفع العوض الآخر ودليل هذه حكم العقد بواسطة تأصيله قاعدة قبح الترجيح بلامرجح بل والاجماع في تحصيلنا (١) وان خالف في البيع جماعة هذا وقضية جزم المصنف بعدم براءة المستأجر لا بتسليم العين أن الخياطة تجري مجرى الاعيان وانه لو استأجره على تطهير الثوب من النجاسة انه لايبرء من الحق الواجب عليه الا بتسليمه الثوب ولادليل له على ذلك الاجرة بانها تجري مجرى الاعيان كما قاله الشهيد كما ستسمع لاماقاله المحقق الثاني من ان الخياطة والتطهير قد قوبلا بالاجرة على طريق المعاوضة فما دام لايتحقق تسليمه لم يتحقق معنى المعاوضة لانه لايمضي ولا يقضي بذلك في مثل تطهير الثوب لانا نجد تحقق معناها بتطهيره خاصة من دون توقف على تسليم فليتأمل اذ لك أن تقول ان مراده مراد الشهيد من دون تفاوت أصلا وكذلك جزمه بانه لايستحق الاجرة حتى يسلمه مفروضا منه يقضي بأنه لا اشكال في عدم استحقاقه الاجرة بتلف العين قبل التسليم من غير تفريط مع انه سيستشكل في ذلك بعد هذا بل ان كان مفاد هذه الكلمة ومفهومها انه يجب عليه تسليم العين والعمل قبل كان اللازم انه لايجوز له الحبس وان حبس كان ظالما ضامنا وان كان مفادها انهما يتقابضان كان الحبس جائزاً له وهذا هو الذي استظهرناه من المصنف فيما سلف ومن غيره لان كانت الاجارة معاوضة والمنافع جارية مجرى الاعيان على ان الظاهر ان الاول لا قائل به وان قضت به بعض مفهومات كلامهم لكنه غير مراد قطعاً وقد جزم المصنف فيما يأتي بانه لو حبس العين ليستوفي الاجرة ضمنها وقضيته انه لايجوز له الحبس وهو اما مبني على الاحتمال الذي لاقائل به من وجوب تسليم العين قبل أو على ان الصفة لاتلحق بالاعيان والا فلو لحقت بالثمن في البيع كان له حبسها حتى يقبض الاجرة كما ان البائع حبس المبيع حتى يقبض الثمن ويلزم من عدم جواز الحبس وعدم الحاق الصفة بالعين أن لا تسقط الاجرة بتلف العين وان لايتخير المالك في تضمينه الثوب اذا أتلفه مع الصنعه

(١) كذا في نسختين ولعل الصواب في مسئلتنا (مصححه)

فلو تلفت العين من غير تفريط بعد العمل لم يستحق أجرة على اشكال ولو كان في ملك المستأجر برىء بالعمل واستحق الاجر به ولو حبس الصانع العين حتى يستوفي الاجرة ضمنها ولو اشتبه على القصار فدفع الثوب الى غير مالكه كان ضامنا وعلى المدفوع اليه الرد مع علمه

و بدونها كما تقدم بل يتعين تضمينه لعدم المنفعة و يلزم أن يبرء الاجير من الحق الواجب عليه باتمام العمل ولايجب عليه تسليم العين ولا جواب عن ذلك الا بأن يلتزم بالحاقها بالاعيان وانه يجوز له الحبس مع الضمان وكأنهما متنافيان لانه اذا جاز فلاضمان كما قالوه فيما اذا أجر المستأجر الدابة المستأجرة ولم نجد جواز الحبس مع الضمان الا في الغاصب للعبد اذا أبق منه وغرم قيمته للمالك ثم ظفر به فانه يجوز له حبسه حتى يستوفي ماأداه من قيمته مع كونه مضمونا عليه ولعله لايشبه مانحن فيه لمكان الاستصحاب ونحوه وضمان المبيع جاء من أمر آخر وهو قوله صلى الله عليه وآله وسلم كل مبيع تلف قبل قبضه فهو من مال بائعه لأنا نقول ان العمل يجري مجرى المبيع مطلقا وقد وجه المحقق الثاني الضمان مع جواز الحبس بان الاجير يستحق حبس المنفعة بمقتضى المعاوضة حتى يتسلم العوض وليس له في حبس العين بالنظر اليها حق لعدم جريان المعاوضة الاعلى المنفعة لكن لما لم يمكن حبس المنفعة بدون حبس العين وجب أن يجوز له حبس العين والا لادى الى وجوب التسليم قبل التسليم وهو باطل لكونه خلاف مقتضى المعاوضة ولما كان حبس العين ضرراً جوز بمقتضى المعاوضة جعلت مضمونة على الاجير هربا من حصول ضررين (وفيه) ن المالك هو الذي أدخل الضررين على نفسه ضرر الحبس وضرر التلف بمخالفته ماوجب عليه وكيف يصح في سعة رحمة الشارع وحكمته ان هذا يقتحم العصيان وهذا يلزمه الضمان ثم استندا أيضا الى ان حبسها لمحض حق الاجير ومصلحته فناسب ان تكون مضمونة عليه (وفيه) مع انه كما ترى ينتقض بكثير ان ذلك لمكان عصيان المستأجر ومخالفته والى ان كونه أمينا مقصور على كونه أجيراً وحيث فرغ من العمل وحبسها لاخذ حقه فقد انقضى كونه أجيراً وانتقل الى حالة أخرى تخرج عن كونه أمينا وهو أيضا كما ترى ويلزم على هـذا أن يضمن العين مستأجرها اذا انقضت المدة ولم يبادر بالرد ﴿ قوله ﴾ ﴿ فلو تلف من غير تفريط لم يستحق الاجرة على اشكال ﴾ أقواه عدم الاستحقاق كما في الايضاح وهو الظاهر كما في جامع المقاصد و بناه المصنف في التذكرة والشهيد في الحواشي على ان الصفة هل تلحق بالاعيان ام لا قال فعلى الاول لاشيء له دون الثاني وظاهر جامع المقاصد عدم الرضا بهذا البناء حيث قال وربما نبى الى آخره مع انه في مسئلة حبس العين ما اعتمد الا عليه كما سمعت وجعل منشأ الاشكال فيه وفي (الايضاح) من حيث أنها معاوضة تقتضي حصول العوضين معا ولم يحصل أحدهما فلا يحصل الآخر ومن حيث انه استأجر على العمل وقد عمل فوجبت الاجرة بفعله فاذا تلف بتلف العين من غير تفريط كان تلفه من المالك وضعف بان المستأجر عليه وان كان العمل لكنه قوبل بالاجرة على طريق المعاوضة فمادام لايتحقق تسليمه لم يتحقق معنى المعاوضة ﴿ قوله ﴾ ﴿ ولو حبس الصانع العين حتى يستوفي الاجرة ضمنها ﴾ قد تقدم الكلام فيه آنفا وقد صرح في التحرير أيضا بضمانه ﴿ قوله ﴾ ﴿ ولو اشتبه على القصار فدفع الثوب الى غير مالكه كان ضامنا ﴾ كما في التحرير وجامع المقاصد لانه دفع بغير حق فيكون عدوانا فيكون ضامنا لكنه غير مأثوم لقبح تكليف الغافل ﴿ قوله ﴾ ﴿ وعلى المدفوع اليه الرد مع علمه ﴾ يعني انه يجب عليه الرد اذا علم بذلك وتركه في التحرير لظهوره ﴿ قوله ﴾

فان تقص بفعله ضمن ورجع على القصار ثم طالبه بثوبه فان هلك عند القصار احتمل الضمان لانه أمسكه بغير اذن مالكه بعد طلبه وعدمه لعدم تمكنه من رده والشروط السائغة لازمة فلو شرط أن لايسير عليها ليلا أو وقت القائلة أو لا يتأخر بها عن القافلة أولا يجعل سيره في آخرها أولا يسلك بها طريقا معينا فخالف ضمن وان تلفت لابسبب فوات الشرط وللمستأجر ضرب الدابة بماجرت العادة به وتكبيحها باللجام وحثها على السير ولا ضمان (متن)

﴿ فان تقص بفعله ضمن ورجع على القصار ﴾ كما في جامع المقاصد لانه سلمه له على انه ثوبه وذلك يقتضي تسلطه على التصرف الذي لايتعقبه ضمان فكان غارا له وقال في (التحرير) ان قطعه رده مع ارشه وفي تضمين القصار الارش اشكال وجزم في المهذب بعدم تضمين القصار ولعله لعدم تحقق كونه غارا له عنده ﴿ قوله ﴾ ﴿فان هلك عند القصار احتمل الضمان لانه أمسكه بغير اذن مالكه بعد طلبه وعدمه لعدم تمكنه من رده﴾ ونحوه مافي التحرير حيث استشكل ثم قرب الضمان وفي (جامع المقاصد) لاريب انه أقوى لان يد العدوان المقتضية للضمان متحققة وعدم علمه بالحال لايكون عذراً فان منع الغير عن ماله بغير حق موجب للضمان على كل حال عمدا وجهلا ونسيانا بالنص والاجماع وعدم تمكنه من الردليس له أثر في سقوط الضمان لان يد العدوان موجبة له مع امكان الرد و بدونه فلعله لاوجه للاستناد اليه في الوجه الثاني ﴿ قوله ﴾ ﴿ والشروط السائغه لازمة ﴾ قال في جامع المقاصد المراد بها التي لاتنافي مقتضى العقد ولاتخالف الكتاب والسنة وقد عرفت في أول هذا الفصل ان المراد من مقتضى العقد مارتبه الشارع عليه ومماينافيه ماوضح منافاته له الى آخر ماتقدم وقد ضبط هو في باب البيع ضابطا للشروط الصحيحة والفاسدة وجعله حاسما لمادة الاشكال فقال الشروط على أقسام (منها) ما انعقد الاجماع على حكمه من صحة أوفساد (ومنها) ماوضح فيه المنافاة لمقتضى العقد (ومنها) ما ليس واحدا من النوعين فهو بحسب نظر الفقيه وقد قلنا هناك ان الاصل و لاخبار والآيات تقتضي في نظر الفقيه جواز كل شرط الا ماعلم عدم جوازه بالعقل والنقل وتمام الكلام في باب الشروط فاماقد أسبقناه هناك ﴿ قوله ﴾ ﴿ فلو شرط أن لايسير عليها ليلا أو وقت القائله أولا يتأخر بها عن القافلة أولا يجعل سيره في آخرها أولا يسلك بها طريقا معينا فخالف ضمن وان تلفت لا بسبب فوات الشرط ﴾ لان يده من حين المخالفة يد عادية ضامنة فلا تفاوت الحال بان تتلف بسبب فوات الشرط أولا بسببه كما هو واضح ﴿ قوله ﴾ ﴿ وللمستأجر ضرب الدابة بما جرت العادة وتكبيحها باللجام وحثها على السير ولاضمان ﴾ كما في الخلاف والمبسوط والتحرير والمسالك وموضع من التذكرة وهوظاهر الشرائع وفي (جامع المقاصد) انه لايخلوعن قوة (وقال في التذكرة) في موضع آخر بضمان جناية الضرب سواءوافق العادة أم لا لان الاذن منوط بالسلامه (قلت) فيه انه لعله يرجع الى انه يضمن بعقد الاجارة لان الضرب المعتاد كالركوب لان النبي صلى الله عليه وآله وسلم نخس بعير جابر وضربه فكان مما اقتضاه عقد الاجارة وحقا ثابتا للمستأجر وكبحت الدابه اذا جذبتها باللجام لكي تقف ولاتجري ومفهوم عبارة الكتاب انه يضمن اذا تجاوز المعتاد في الامور الثلاثة وهوصريح الخلاف والشرائع والتحرير والمسالك والتذكرة وفي الاخير انه لاخلاف في ذلك و بالضمان بالضرب والسير بغير المعتاد صرح في التنقيح وادعى عليه الاجماع

والمعلم ضرب الصبيان للتأديب ويضمن لو جنى بتأديبه ولو ختن صبيا بغير اذن وليه أو قطع سلعة انسان بغير اذنه أو من صبي بغير اذن وليه فسرت الجناية ضمن ولو أخذ البراءة ففي الضمان اشكال ويضمن الراعي بتقصيره بأن ينام عن السائمة أو يغفل عنها أو يتركها تتباعد عنه أو تغيب عن نظره أو يضربها باسراف أو في غير موضع الضرب أو لا لحاجة أو يسلك بها موضعا تتعرض فيه للتلف (متن)

و بالضرب و تكبيح كذلك صرح في المبسوط (وليعلم) ان الرايض اذا ضرب ضربا خارجا عن عادة الرايض ضمن والا فلا كما في المبسوط والتذكرة ولا يضمن ان خرج في الضرب عن عادة الركاب ﴿ قوله ﴾ ﴿ والمعلم ضرب الصبيان للتأديب ويضمن لوجنى بتأديبه ﴾ أما انه له الضرب المعتاد فلابحث فيه كما في جامع المقاصد وهو كذلك اذا كان الصبي ذا عقل وتمييز كما نبه عليه في التذكرة والتحرير والحواشي لانهم يأخذونه سلما في الباب و باب الديات وأما انه يضمن جنايته في ماله فظاهر المبسوط الاجماع عليه حيث قال عندنا وقد نسب في حدود المسالك الى الاصحاب ان الاب والجد للاب يضمنان ديته في مالهما لو أدباه وقال ان ظاهرهم الوفاق على ذلك وفي موضع آخر صرح بانه اجماع فبالاولى أن يضمن المعلم والوجه في ذلك مع انه يمكنه التأديب من غير ضرب انه أجير والاجير يضمن بجنايته وان لم يقصر كالطبيب وأما اذا ضرب امرأته للتأديب فاتت ففي (المبسوط) انه يضمن بلا خلاف وعليه نص في التحرير وديات الارشاد والدروس وحدود المسالك وهو ظاهر اطلاق ديات الكتاب وتردد في حدود الشرائع لانه تعزير سائغ ونحوه ما في حدود الكتاب وكذا ما في اجارة جامع المقاصد حيث قال للنظر فيه مجال وقد قضى على المحقق في المسالك بان ذلك وارد في تأديب الولد حيث يسوغ قطعا فلايمكن الفرق بان دليل تأديب الزوجة نص قوله تعالى فاضربوهن (قلت) يمكن الفرق بان الضرب حق له لالمصلحتها فكان كضرب الدابة المستأجرة الضرب المعتاد وأما الحاكم اذا أقام الحد فلا ضمان عليه بلاخلاف كما في المبسوط ﴿ قوله ﴾ ﴿ ولوختن صبيا بغيراذن وليه أو قطع سلعة انسان بغير اذنه أو من صبي بغير اذن وليه فسرت الجناية ضمن ﴾ كما صرح بذلك كله في التحرير وجامع المقاصد وكذا ديات الكتاب حيث صرح بالضمان في الطفل والمجنون بغير اذن الولي وفي ظاهر ديات التنقيح الاجماع على الضمان في الطفل والمجنون والمملوك بغير اذن الولي والمالك والوجه في ذلك انه اذا لم يكن هناك اذن من البائع أو الولي أو المالك كان عاديا بفعله قطعا كما في جامع المقاصد وقد حكينا فيما سلف قريبا عن مفهوم هذه العبارة ومفهوم المهذب وصريح التحرير عدم الضمان مع الاذن وقد عرفت انه خيرة السرائر وان ظاهر الاصحاب على خلافه ﴿ قوله ﴾ ﴿ ولوأخذ البراءة من الولي ففي الضمان اشكال ﴾ ولاترجيح أيضا في الايضاح وفي (جامع المقاصد) ان عدم الضمان أقوى وفي (الحواشي) انه قوي كما تقدمت الاشارة اليه قريبا وقد أسبغنا الكلام في ذلك في باب الديات وحكينا هناك عدم الضمان عن أحد عشر كتابا منها المهذب والشرائع وأكثر ماتأخر عنها اذا أخذ البراءة من الولي والمريض ﴿ قوله ﴾ ﴿ ويضمن الراعي بتقصيره بان ينام عن السائمة أو يغفل أو يتركها تتباعد أو تغيب عن نظره أو يضربها باسراف أو في غير موضع الضرب أو لا لحاجة أو يسلك بها موضعا تتعرض فيه للتلف ﴾ كما صرح بذلك كله في التحرير وقد أشار الى ذلك كله في

ولو دفع الى غيره شيئا ليعمل فيه عملا استحق الصانع اجرة مثل العمل ان كان العمل ذا اجرة عادة والا فلا (متن)

المبسوط بقوله وان لم تكن رعاها في ملك المالك ولا كان معها لا يضمن الا بتعد عندنا وأشار بذلك الى أحد قولي الشافعي من أنه اذا فقد الامران ضمن وان يتعد فكان عنده كالصناع وقال في (الخلاف) اذا أطلق له الرعي حيث شاء فلا ضمان عليه في ما يتلف الا ما كان هو السبب فيه وفي (المهذب والتذكرة والتحرير) أيضاً انه لا يضمن الامع التعدي مع زيادة التفريط فى الاخير والامر في ذلك واضح وقال في (الحواشي) لو كانت الارض خربة والمالك عالم بغيبوبتها عنه لم يضمن وقد تقدم الكلام في حال الاجرة اذا تلفت الماشية أو بعضها ﴿ قوله ﴾ ﴿ ولو دفع لغيره شيئا ليعمل فيه عملا استحق الصانع أجرة مثل العمل ان كان العمل ذا أجرة عادة والا فلا ﴾ لاصل في المسئلتين قول الشيخ في الخلاف اذا سلم الثوب الى غسال وقال له اغسله ولم يشترط الاجرة ولا عرض له بها فغسله لزمته الاجرة و بمعناه قوله فى المبسوط انه اذا أمره بغسله كان عليه لاجرة وزاد في الخلاف أنه ان لم يأجره بغسله لم يكن له أجرة فالمدار عنده على الامر وكون العمل ذا اجرة بقرينة التمثيل وحكى عن أصحاب الشافعي أنه ان كان معروفا بأخذ الاجرة على الغسل وجبت له الاجرة والا فلا ولم يرتضه فاول من انتهض لتحريره المحقق في الشرائع قال اذا دفع سلعة الى غيره ليعمل فيها عملا فان كان من عادته أن يستأجر لذلك العمل كالغسال والقصار فله أجرة مثل عمله وان لم يكن له عادة وكان العمل مما له أجرة فله المطالبة لانه أبصر بنيته وان لم يكن مما له أجرة بالعادة لم يلتفت الى مدعيها ومثلها من دون تفاوت أصلا عبارتا التذكرة والتحرير وقضية كلامها في الكتب الثلاثة انه لا يحتاج الى الامر كما ستسمعه عن صريح التذكرة وجامع المقاصد أو ظاهرهما والتفصيل الاخير في كلامهما يشير الى أن المراد من الاول ما هو أعم مما له أجرة أو ليس له (قال الشهيد في الحواشي) يلوح من كلام صاحب الشرائع ان العمل اذا لم يكن له أجرة عادة ولكن المأمور ناصب نفسه للاجرة ثبوت الاجرة لانه جعل مناط وجوب الاجرة أحد الامرين اما كون العامل معتادا للاستئجار وكون العمل ذا أجرة عادة فاخذه الشهيد الثاني والمولى الخراساني ونسباه الى المحقق على سبيل أنه مصرح به وقضية ذلك أنه لو قال للحداد افتح لي هذا السكين وليس فتحها مما يتوقف عليه وليس صعبا بل هو متيسر لكل أحد أن يجب عليه أن يدفع له أجرة مثل ذلك والمفروض أن لا أجرة له واقصا بمعنى انه غير متقوم الا أن تقول ان المفروض أن لا أجرة له عرفا وقد يكون متقوما له أجرة و قما كالاستيداع ولعله لذلك لم يلحظه المحقق الثاني من عبارة الشرائع والتذكرة والتحرير و يأتي تحريره وعبارة الكتب انما اعتبر فيها كون العمل ذا اجرة عادة سواء كان من عادته ذلك أم لا ووافقه على ذلك صاحب جامع المقاصد فقد خالفت عبارة الشرائع على ما فهموه من الشرائع وعلى كل حال فلا ريب على ما في الكتاب وعلى ما فهموه من الشرائع في لزوم الاجرة عند كون العمل ذا اجرة وكون العامل معتادا وقال في (مجمع البرهان) انه مشهور واحتمل ان يكون مجمعا عليه (قلت) هو كذلك الا ان يلحظ لامر وعدمه في كلام الخلاف وهو سهل ولا ريب أيضا في عدمه عند عدمهما واذا كان العمل مما له اجرة في العادة ولكن العامل ليس من عادته الاستئجار فمقتضى القولين لزوم الاجرة أيضا وهو خيرة المحقق الثاني والشهيد الثاني وهو ظاهر اطلاق الارشاد وستسمع كلامه و يأتي وجهه وأما في صورة العكس

فعند المحقق على مافهموه وصاحب المسالك ان له الاجرة دون المصنف هنا وقد وافق فخر الاسلام المحقق في الجملة فيما اذا كان العمل في الاغلب لا تؤخذ عليه أجرة فالاقسام أربعة (وقال في الارشاد) ولو امره بعمل له أجرة في العادة فعليه الاجرة والا فلا وهو يشمل باطلاقه مااذا كان من عادة العامل الاستئجار أو لم يكن لكن قضيته انه لابد من أمره فهو موافق للشيخ وفيه فائدة أخرى وهو أنه لا يشترط كون العمل في سلعه فيشمل مااذا أمره ببيع له أو شراء شيء له ليربح فيه كما سينبه عليه في باب المضاربة والوجه فيما اذا كان من عادته ذلك والعمل ذا أجرة أنه ان كان امر كان العرف والعادة المستمرة مع الامر بمنزلة قوله اعمل هذا ولك علي الاجرة فهو اما من الجعالة أو من معاطاة الاجارة وان كان بدون امر كان بمقتضى العادة من باب المعاطات في الاجارة مضافا الى ان العمل المحترم لايحصل بغير عوض الا بإباحة مالكه ولم تتحقق وهذا هو دليل مااذا كان ذا اجرة عادة ولم يكن من عادة فاعله الاستئجار له لكن اصل البراءة كما ستعرف محكم ولعله لذلك تأمل المولى الاردبيلي والخراساني واما مالا اجرة له فالظاهر اتفاق كلمتهم على عدم لزوم الاجرة له اذا لم يكن من عادة فاعله وفي (مجمع البرهان) انه ظاهر فيحتمل أن يكون المراد منه مالم يكن متقوما عرفا فلو كان متقوما عرفا لزمته الاجرة بمجرد الامر بفعله وان جرت العادة بعدم أخذ الاجرة عليه كاستيداع المتاع وقد سبق في الوديعة احتمال الاجرة (و يحتمل) ان يكون المراد منه مالا أجرة له عادة وعرفا وان كان متقوما بحيث يجوز مقابلته بالعوض وقد استحسنه في جامع المقاصد وقال ان العبارة لا تاباه وقضية كلام فخر الاسلام في شرح الارشاد ان المراد بما لا اجرة له مالا تؤخذ عليه الاجرة غالبا وفي (التذكرة وجامع المقاصد) ان مثل ما نحن فيه مااذا جلس بين يدي حلاق ليحلق له رأسه أو دلاك ليدلكه فعمل وكل من دفع الى غيره سلعة ليعمل فيها ولم يجر بينهما ذكر أجرة ولا تعيينها وقضية هذا الكلام أو صريحه انه لاحاجة في ذلك الى الامر كما ستسمعه في حكم السفينة ولولا اتفاق فتوى من تعرض لهذا الفرع على لزوم الاجرة عند اجتماع الامرين الا من قل ممن لانعرفه لان فخر الاسلام حكى في شرح الارشاد في المسئلة قولين لكان احتمال عدم الاجرة مطلقا قويا اذ دليله لايقصر عن قوله اعطني مافي يدك أو اطعمني طعامك و ادّ عني ديني ولم يقل ولي عوضه عند جماعة ونحو ذلك مما لاضمان فيه لانه مما يحتمل أن يكون بعوض و بدونه والاصل براءة ذمته من لزومه ولعل الذي دعاهم الى ذلك استمرار السيرة لكنها غير مستمرة فيما اذا لم يكن له عادة فلعل الاصل في ذلك أنه من باب المعاطات في الاجارة وهي كالمعاطات في البيع فيلزمه حينئذ الاجرة المسماة لمثل ذلك العمل كما نبهت على ذلك عبارة المبسوط والخلاف والارشاد ومجمع البرهان وكذلك الحواشي والمسالك والكفاية والمفاتيح حيث قالوا كان عليه الاجرة أي المسماة لمثل ذلك العمل كما هو الشأن في المعاطاة ولا يلزمه أجرة المثل كما أفصحت به عبارة الكتاب والشرائع والتذكرة والتحرير وجامع المقاصد ومن الغريب انه في المسالك في شرح عبارة الشرائع عبر بالاجرة ولم يقل أجرة المثل كما في الشرائع وكذلك ما حكاه في الحواشي والكفاية عن المحقق وأغرب منه أن المحقق الثاني لم يتنبه له الا أن تقول ان الغالب توافقهما فلا فرق بين العبارتين أو تقول ان المسمى لا يعتبر في معاطاة الاجارة حيث يخالف اجرة المثل اذا كانت بدون لفظ ولذلك استدركوه على الظاهر من كلام الشيخ فيصير حاصل كلامهم أنه حيث لاتذكر الاجرة ان اتفقتا فلا كلام وان اختلفتا وقال له اعمله ولك عليه ماضربته أنت على عملك فلا كلام أيضا وان لم يجر بينهما للاجرة ذكر كما هو المفروض في كلامهم وكان

المستأجر يعلم ان هذا الرجل الجليل يأخذ على عمله أكثر من أجرة المثل وان ساوى عمله عمل غيره بلا تفاوت فعمل ثم تنازعا فانه لا يثبت للاجير الجليل الا اجرة المثل والتقصير منه حيث لم يشرط ذلك عليه ويلتزمون بمثل ذلك في البيع اذا كان كذلك ولعل نظر الشيخ الى أنه لما علم بذلك وأتى اليه فكأنه قال له أنا راض بما ضربته ويظهر ذلك في مثل السفينة والدار اذا كان المستأجر يعلم ان مالكهما لا يبيح له الدخول الى السفينة والعبور فيها الا بالاجرة المضاعفة على أجرة امثالها فان كلام الشيخ في مثل هذا الفرض أوضح ولعلهم يوافقون عليه لكن الظاهر منهم خلاف ذلك ومنه يتضح الحال في السفينة التي يعبر فيها الزوار الى سر من رأى زادها الله تعالى شرفا وصلواته على مشرفيها فان ولاة الجور منعوا الناس من العبور الا في سفن لهم مخصوصة وضربوا عليها الاجرة الزائدة جدا فعند الشيخ وموافقيه أن العابر فيها من دون ذكر الاجرة يلتزم بما ضربوه وان كان ظلما وعند الجماعة انه لا يثبت له الا أجرة المثل وهذا كله على الظاهر من كلامهم لمكان الاختلاف في التعبير فليتأمل فيه ومثل ما نحن فيه ما اذا دخل سفينته باذنه وسار فيها الى الساحل ولم يجر بينهما ذكر الاجرة كما نص عليه في التذكرة وهنا شيء يناسب ذكره في المقام وهو أنه قد جرت عادة أصحاب الفنادق والخانات أن يؤجروا الحجر للتجار ويضربون على كل من اشترى منهم في كل مائة درهم درهما مثلا وقد اشتهر ذلك عنهم وعرفه المشتري والبائع منهم فهل يجب على المشتري اذا دخل واشترى من التجار أن يدفع لهم ذلك المقدار لعلمه بانهم لا يبيحون الدخول بعنوان الشراء الا مع العزم على اداء ذلك المقدار فيكون من باب المعاطاة في الاجارة كدخول الحمام للاغتسال والسفينة للعبور أم لا يجب ذلك وانما يجب عليه أجرة مثل ذلك الدخول احتمالان بل يتعين الثاني لان من يشترط في المعاطاة جميع ما يشترط في البيع الا الصيغة كشيخنا صاحب الرياض والشهيد الثاني يقول بأنها معاطاة فاسدة لما في ذلك من جهل الداخل بمقدار مكثه وانه هل يشتري أو لا وجهله بمقدار ما يشتري الى غير ذلك فيرجع فيه عنده الى أجرة المثل في العرف المستقيم والعادة المستمرة لا أجرة مثل هذا الرجل ولهذا أطلق الاصحاب في الباب كما سمعت القول بالرجوع الى أجرة المثل فقالوا لزمه أجرة مثل ذلك العمل وأجرة مثل تلك السفينة ولم يقولوا أجرة مثل عمل ذلك العامل ولا أجرة مثل ما ضرب صاحب السفينة على العابر فيها وهو الموافق للاعتبار والضوابط لانه لو كان هذا العامل جليلا لا يعمل هذا العمل الذي يعمله غيره من دون تفاوت بدرهم الا بدينار وقد دفع اليه شيئا ليعمل فيه ذلك العمل فعمله فانه لا يلزمه الا أجرة مثل ذلك الذي وصل اليه لانه لم يصل اليه من جلالة قدر العامل شيئا ومثل ذلك ضرب الضارب فانه لم يصل اليه من زيادة ما ضربه ان حقا وان باطلا شيء أصلا ويرشد الى ذلك ان أهل الخبرة انما يقومون العمل في نفسه والمنفعة في نفسها ولا يلحظون العامل ولا الضارب وكذلك الحال في الغاصب لذلك والمتلف له انما يضمن أجرة مثل ذلك العمل والمنفعة في ذاتيهما ولا يلزم بشيء آخر مع انه يكلف باشق الاحوال واعظم شاهد على ذلك انه لو أثر عمل العامل وضرب الضارب في منفعة العين لأثر في قيمتها اذ من المعلوم ان ما تكون منفعته اكثر تكون قيمته أكثر مع أنه لو أتلفها متلف لا يلتزم الا بقيمتها عرفا مستمراً أو عادة مستقيمة واما من لا يشترط في المعاطاة شيئا الا الجزم ويقول أنها اباحة محضة فيقول انها فاسدة لمكان التعليق اذ الاباحة والتمليك لا يقبلانه بل لا يقبلان التوصيف على الاصح وانما يقبلان الشرط ومع التعليق لا جزم مع أنه يشترط جزما فكانت باطلة عنده من هذه الجهة ثم

ولو أجر مملوكه او استؤجر باذنه فافسد ضمن المولى في سعيه (متن)

ان هذا التعليق ليس كسائر التعاليق كما ستعرف بل قد يقال ان هذه المعاملة ليست عقدا على الاباحة والتمليك بل على النية التي لا تفيد اباحة ولا تمليكا فله أن ينوي ولا يجب عليه أن يعطي لانه يصير حاصله اذا نويت الشراء بدخولك أخذت منك أجرة دخولك الصاحب النية في المائة درهم درهما ان اشتريت فهو عقد على النية وتعليق على الشراء فهو فساد في فساد ومعنى كون هذا التعليق ليس كسائر التعاليق انه اذا دخل ومكث ساعة أو ساعتين يعامل البائع كان مكثه مراعى فان لم يشتر كشف عدم الشراء عن أن تلك الساعة والساعتين كانتا مجانا بلا أجرة وان اشترى كشف ذلك عن ان أجرة الساعة الف درهم أو أكثر أو أقل على حسب ما يشتري وما هو الا كأن يقول له ابحث لك هذا الطعام فان تكلمت في أثناء الاكل كانت قيمة كل لقمة دينارا وان لم تتكلم كانت مجانا ولم يعهد مثله في الشريعة وفيه من المخالفة للضوابط ما لا يخفى وعلى كل حال فالمدار في هذه الاجارة والمعاطاة على الشراء فكانت الاجرة المضروبة انما هي على المكث في خانه بمقدار لفظ قبلت وهذا مما لا يتقوم وقد أجمعوا على ان من شرط المنفعة أن تكون متقومة فلا يجد الفقيه لتصحيح هذه المعاملة وجها على ان الخان بعد ايجاره حجره ومرافقها للتجار يصيرون مالكين منافعه الا أن يشترط عليهم هذا الشرط الفاسد المخالف لقواعد الاجارة فتفسد الاجارة بسببه ان كانت عقد والا فلا الا ان لا يشترط في المعاطاة الا الجزم على ان هذا الذي يضر به على المشتري يأخذه منه وان اشترى خارج الخان كما هو معروف عندهم على أنهم يقولون انه يعتقد انه حرام لانه بعد أخذه منه يأخذ في استرضائه ومحاولة ابراء ذمته والذي بعث على هذا الاطناب انه نقل عن بعض أجلاء الاصحاب المعاصرين أنه يصحح هذه المعاملة ويوجب على المشتري دفع ذلك لصاحب الخان ولقد اجتمعت بعد ذلك مع القائل بانه يجب دفع ذلك فقلت له ما دليلك على ذلك فقال بعد كلام ما حاصله للداخل بعنوان الشراء لزمه أجرة مثل الصاحب فقلنا له قد سمعت اطلاق كلام الاصحاب وان المراد منه أجرة مثل المنفعة عرفا وعادة مستمرة ثم تمسك باشياء لا ينبغي وقوعها منه ثم قلنا له أنه قد تحرر ان كل ما يصح أخذ أجرة المثل عليه يصح الاستئجار عليه فبين لنا كيف عقد الصيغة على ذلك فلم يحر جوابا لان كان من العلماء ويقبح من العالم أن يقول ما لا يعقل ﴿ قوله ﴾ ﴿ ولو أجر مملوكه أو استؤجر باذنه فافسد ضمن المولى في سعيه ﴾ كما في الشرائع والتحرير والمختلف (وقال في النهاية) كان مولاه ضامنا لذلك وهو خيرة الكافي قال لا يجوز استئجار العبد ولا الامة ولا المحجور عليه لسفه أو صغر الا باذن الولي وضمان ما يفسدونه عليه فلم يقيده بكونه في كسبه وهو خيرة الارشاد والروض ومجمع البرهان (وقال في السرائر) لا يضمن المولى ارش ما أفسده وهو خيرة جامع المقاصد قال ان كانت جنايته على نفس أو طرف كما لو كان طابيا تعلق برقبة العبد والمولى فداؤه باقل الامرين من القيمة والارش لكن هذا لا يتقيد باذن المولى وان كان جنايته على مال كما لو كان قصارا فخرق الثوب فانه لاشيء على المولى ان كانت باذنه وقال في (جامع الشرائع) فان أفسد شيئا استسعي فيه أو اتبع به بعد العتق (وقال في المسالك) ان كانت جنايته على المال بغير تفريط تعلق بكسبه وان كان بتفريط تعلق بذمته وقال لو زادت الجناية عن الكسب لم يلزم المولى ولا ترجيح في المفاتيح فكانت الاقوال في المسألة خمسة ونظر الشيخ الى مارواه في التهذيب في الحسن

ولا يضمن الحامي الا مع الايداع والتفريط ويصح اسقاط الاجرة المعينة بعد تحققها في الذمة

عن أبي عبد الله عليه السلام قال قضى أمير المؤمنين عليه السلام في رجل كان له غلام استاجره منه صانع أو غيره قال ان كان ضيع شيئا أو أبق منه فواليه ضامنون ولعل نظر المحقق والمصنف الى مارواه في الوسائل عن الشيخ في الصحيح عن أبي عبد الله عليه السلام في رجل استأجر مملوكا فيستهلك مالا كثيرا قال ليس على مولاه شيء وليس لهم أن يبيعوه ولكنه يستسعى فان عجز فليس على مولاه شيء ولا على العبد وهذا الخبر لم يتعرض له في كتب الاستدلال كالمختلف وجامع المقاصد والمسالك ومجمع البرهان والمفاتيح وانما تعرضوا للاول وكأنهم لم يظفروا به وصاحب الوافي لم يذكره أيضا في الباب فيمكن أن يقيد به اطلاق الضمان في الاول فيقال أنهم ضامنون في كسبه والظاهر ان الرجل استأجره من مولاه لا من نفسه بدون اذنه وان يستسعى في ملك المولى لا بعد العتق كما أفصح به ما بعده وحمل الاول كما في جامع المقاصد والمسالك على ما اذا كان قد فرط باذن المولى بعيد جدا على أنه ان تم ذلك في ضيع لا يكاد يتم في أبق وما في السرائر وجامع المقاصد من أنه ليس على المولى شيء وانه يتبع به بعد العتق متجه على أصل الاول دون الثاني مع ما فيه من الضرر على صاحب الثوب اذ قد يتعمد التفريط حينئذ ولا ينعتق بل يكون المالك جاهلا بالمسئلة أو بكونه عبداً الا أن يقال أنه قد قصر في البحث والفحص فليتأمل ثم انه قد تقدم في باب الحجر ان العبد المأذون وكيل أو كالوكيل فيده يد مولاه ان كان أفسد بغير تفريط فلم تزر وازرة وزر أخرى كما قاله في جامع المقاصد نعم قد نقول أنه لو كان بتفريط منه تعلق بذمته لولا اطلاق النص والفتوى الا أن تقول أنه منصرف الى المتبادر الشائع ولا يرد الآبق لان الضمان به انما هو لبقية مادفعه المالك من الاجرة فليتأمل (وكيف كان) فلم يتضح لنا الفرق بين جنايته على النفس والطرف اذا كان طبيبا و بين جنايته على المال اذ المآل في الجنايتين الى المال لان المفروض أنه غير عامد في جنايته على النفس والطرف وحكم الخطاء وشبه العمد في العبد سواء في ان مولاه مخير بين فكه وبين دفعه الى المجني عليه أو أوليائه ليسترقوه فليتأمل جيدا ﴿ قوله ﴾ ﴿ ولا يضمن الحامي الا مع الايداع والتفريط ﴾ كما في الشرائع والتحرير والارشاد وجامع المقاصد والمسالك والكفاية والمفاتيح وهو معنى قوله في السرائر لا ضمان عليه الا أن يستحفظه صاحبها أو يستأجره على حفظها و يجب عليه ضمانها اذا فرط في الحفاظ فاما اذا لم يستحفظه اياها ولم يستأجرها على ذلك وضاعت فلا شيء عليه سواء فرط أم لم يفرط راعاها أم لم يراعها وقوله في التذكرة لا يضمن مقيد بذلك قطعا وأما عدم الضمان على تقدير الايداع وعدم التفريط فلأنه أمين كما قاله أمير المؤمنين عليه السلام في خبر غياث وعلى تقدير عدمه فلقوله أيضا عليه السلام في خبر اسحق بن عمار انما أخذ الجعل على الحمام ولم يأخذ على الثياب ونحوه قوله عليه السلام في خبر أبي البختري المروي في قرب الاسناد رواه في الوسائل ولان الاصل براءة ذمته من حفظ مال الغير مع عدم التزامه به وان ظن صاحبه أنه يحفظه مالم يودعه عنده فيقبل ثم يفرط فلو نزعها وقال له احفظها فلم يقبل أو سكت لم يلتزم نعم لو قال له دعها ونحوه مما يدل على القبول كفى في تحقق الوديعة كما نبه على ذلك كله في المسالك ومجمع البرهان والكفاية والوجه في الضمان مع التفريط أو التعدي ظاهر والحامي ليس أجيراً ولا مستأجرا فكان ذكرهم له هنا للمناسبة لانه مؤجر ﴿ قوله ﴾ ﴿ ويصح اسقاط الاجرة المعينة بعد تحققها في الذمة ﴾ كما في المبسوط والسرائر

والمنفعة الثابتة في الذمة دون المنفعة المعينة ولو تسلم اجيرا ليعمل صنعة فهلك لم يضمنه وان كان صغيرا او عبدا ولو استأجر دابة لحمل قفيز فزاد فهو غاصب ضامن للجميع ولو سلم الى المؤجر وقال انه قفيز وكذب فتلفت الدابة بالحمل ضمن النصف ويحتمل بالنسبة ولو استأجر للقصاص ثم عفى سقط القصاص ولا اجرة (متن)

والمهذب والشرائع والتحرير واللمعة وجامع المقاصد والمسالك والروضة وفي الاولين أنه لا خلاف فيه والمراد بالاسقاط الابراء منها سواء كان بلفظ الاسقاط أم الابراء أو ما شا كله من الالفاظ الدالة عليه والمراد بتحقق الاجرة في الذمة تعلقها بها وان لم يستحق المطالبة بها ويتحقق ذلك بالعقد ولو كانت الاجرة عينا لم يصح تعلق الابراء منها بل لا يعقل ثم يصح من وجوب تسليمها في الحال من دون خروجها عن ملكه ﴿ قوله ﴾ ﴿ والمنفعة الثابتة في الذمة ﴾ كما اذا استأجره ليخيط له أو يكتب أو يبني لان الثابت في الذمة يجوز الابراء منه ولوضوحه تركه الاكثر لانه يفهم من قولهم ان المنفعة لا تسقط كما يأتي وانما نص عليه في التحرير واللمعة وجامع المقاصد والمسالك والروضة ﴿ قوله ﴾ ﴿ دون المنفعة المعينة ﴾ بلا خلاف كما في المبسوط والسرائر وعليه نص في المهذب والشرائع والتحرير واللمعة وجامع المقاصد والمسالك والروضة لان المنفعة اذا كانت متعلقة بعين مخصوصة لا يعقل الابراء منها لكنه يعقل الابراء من وجوب تسليمها في الحال ولا تخرج بذلك عن ملكه ﴿ قوله ﴾ ﴿ ولو تسلم أجيرا ليعمل صنعة فهلك لم يضمنه وان كان صغيرا او عبدا ﴾ قال في (المسالك) هذا الحكم موضع وفاق منا ومن العامة وفي (المفاتيح) أنه اجماع من المسلمين وفي (التذكرة والكفاية) لا نعلم فيه خلافا وفي (جامع المقاصد) لا بحث في عدم الضمان اذا كان التسليم على الوجه الشرعي وقد نص عليه في الخلاف والمبسوط والشرائع والتحرير والارشاد ومجمع البرهان وغيرها وحكي في الاول في العبد عن ال... فيه قولين وقال في الثاني في أصل المسألة وقال قوم أنه يضمن فلم يكن اجماعا من المسلمين والوجه فيما ذكروه أنه قبض العين لاستيفاء منفعة يستحقها منها ولا يمكن استيفاؤها الا باثبات اليد ولا فرق في ذلك بعد العقد ولزوم التسليم بين كون ذلك برضاه اورضا وليه أو عدمه واحتمل في مجمع البرهان رضا المولى والولي ثم استظهر العدم وظاهر الاطلاق أنه لا فرق بين هلاكه في مدة الاجارة أو بعدها لانه لا يجب عليه رد العين حينئذ الى مالكها على تقدير كونها مملوكة فاذا كان حرا كان أولى نعم لو حبسه مع الطلب بعد انقضاء المدة أو كان قد أخذه قهرا بغير حق ليعمل عنده فانه في الحالين لا يضمن الحر الا ثيابه ويضمن العبد مطلقا والحر اذا كان صغيرا أو كان التلف بسبب كلدغ الحية ووقوع الحائط على الاقوى لا يختف اقة كما تقدم بيانه في باب الغصب ﴿ قوله ﴾ ﴿ ولو استأجر دابة لحمل قفيز فزاد فهو غاصب ضامن للجميع ﴾ المراد أنه اخذ الدابة وسلمها وحملها زائدا فانه عاد حينئذ سواء كان ذلك عن عمد ام لا ﴿ قوله ﴾ ﴿ ولو سلم الى المؤجر وقال انه قفيز وكذب فتلف بالحمل ضمن النصف ويحتمل بالنسبة ﴾ اذ ادسله المستأجر للموجر فصار صاحب يد على الدابة والحمل ويه يفرق بينه وبين الاول فان اليد فيها للمستأجر وقد تقدم انه لا اثر له واما ضمان النصف فلتلفها بشيئين أحدهما عدوان وأما اعتبار النسبة فلان التلف مستند الى ثقل الحمل فيوزع وقد اختار المصنف في اول هذا الفصل أنه يضمنها كلها قيمتها كما تقدم بيانه وكان الاولى به ان ينظم هاتين في سلك ظهور زيادة الكيل ﴿ قوله ﴾ ﴿ ولو استأجره للقصاص ثم عفى سقط القصاص ولا اجرة ﴾

فان اقتص الاجير مع العلم ضمن ولا معه يستقر الضمان على المستأجر ان تمكن من الاعلام والا فالاشكال ﴿الفصل الخامس في التنازع﴾ لو اختلفا في أصل الاجارة فالقول قول منكرها مع اليمين وان وقع الاختلاف بعد استيفاء المنافع واتلاف الاجرة فان كان المدعي المالك فله المطالبة بالمتخلف من أجرة المثل وليس للمستأجر طلب الفاضل من المسمى لو كان ولا ضمان في

لا ريب في جواز الاستئجار للقصاص والتوكيل فيه كما صرحوا به في بابه ولا سيما في العاجز عنه والذي لا يحسنه كالمرأة ونحوها لانه على المشهور لا يكون الا بالسيف ضربا على الرقبة كما انه لا ريب في سقوطه بالعفو عنه أو على مال اذا قبل الجني عليه عند المشهور وأما سقوط الاجرة حينئذ فلان المنع الشرعي كالمنع العقلي فكان ما نحن فيه كما اذا استأجرها لكنس المسجد فحاضت نفسها فحاضت ﴿قوله﴾ (فان اقتص الاجير مع العلم ضمن ولا معه يستقر على المستأجر ان تمكن من الاعلام) اما الضمان مع العلم فلانه عاد عامد واما كونه على المستأجر ان تمكن من اعلامه فلانه هو السبب والمباشر ضعيف جدا لانه قد غره لانه قد أوجب الفعل عليه فصار مطلوبا منه في كل آن ﴿قوله﴾ (والا فاشكال) اى وان لم يتمكن من الاعلام فاشكال اقواه انه يستقر أيضا على المستأجر كما في الايضاح والحواشي وفي (جامع المقاصد) انه الاصح لانه السبب والمباشر ضعيف وعدم تمكنه من الاعلام لا ينفي عنه كونه غار الا انه قد سلطه عليه باستئجاره فلما عفى بغير علمه فقد غره فيكون ضامنا فيرجع عليه بالدية

﴿بسم الله الرحمن الرحيم وبه نستعين﴾

الحمد لله كما هو أهله رب العالمين والصلوة والسلام على خير خلقه أجمعين محمد وآله الطاهرين ورضي الله سبحانه عن علمائنا ومشائخنا أجمعين وعن رواتنا الاماميين (وبعد) فهذا ما برز من كتاب مفتاح الكرامة على قواعد الامام العلامة سهل الله سبحانه بمنه وبركة خير خلقه أتمامه على يد مصنفه الاقل الاذل محمد الجواد الحسيني الحسني العاملي عامله الله سبحانه بلطفه الجلي والخفي (قال الامام العلامة) في باب الاجارة

﴿الفصل الخامس في التنازع﴾

﴿قوله﴾ (ولو اختلفا في اصل الاجارة فالقول قول منكرها مع اليمين) كما طفحت بذلك عباراتهم خصوصا المتأخرين كما تقدم بيانه في باب العارية من غير خلاف الا من المهذب وكذا الخلاف على أنهما غير مخالفين فيما نحن فيه وما في الشرائع وكذا المبسوط من ان القول قول المالك مع يمينه مبني على الغالب وقد يكونان ارادا ما أراد القاضي قال اذا سكن دار غيره فقال الساكن سكنت بغير أجرة وقال المالك بل استأجرتها كان القول قول صاحبها مع يمينه ولعله للاصل الذي تقدم التنبيه عليه غير مرة وهو ان الاصل في مال المسلم ان لا يخرج عن يده الا بقوله واما الخلاف فقد قال فيه اذا زرع ارض غيره فقال الزارع اعرتنيها وقال رب الارض أكريتكها حكم بالقرعة ثم قال بعد اسطر انه يقوى في نفسه أن القول قول الزارع ثم ان كان النزاع قبل استيفاء شيء من المنافع رجع كل مال الى صاحبه كما هو المفروض فيما نحن فيه وان كان بعد استيفاء البعض أو الجميع فهو ما يأتي ﴿قوله﴾ (فان وقع الاختلاف بعد استيفاء المنافع واتلاف (واستيفاء خل) الاجرة فان كان المدعي المالك فله المطالبة بالمتخلف من أجرة المثل وليس للمستأجر طلب الفاضل من المسمى لو كان ولا ضمان في

العين وان كان هو المستأجر لم يسقط ضمان العين ان انكر المالك الاذن في التصرف ولم يكن للمستأجر المطالبة بالفاضل عن أجرة المثل ان كان (متن)

العين وان كان هو المستأجر لم يسقط ضمان العين ان انكر المالك الاذن في التصرف ولم يكن المستأجر المطالبة بالفاضل عن أجرة المثل ان كان ﴾ الظاهر منه بقرينة فرضه المسئلة بعد استيفاء الاجرة والتصرف فيها انه أراد أن يبين احكاما دقيقة هي غير ماسلف له في المسئلة في باب العارية مل ليست موجودة في الكتب والا فلا دخل لاستيفاء الاجرة في تصوير المسئلة المدونة في الكتب بل الذي له دخل انما هو كون الاختلاف بعد استيفاء المنافع فينبغي ان يكون اراد ان المالك قال لمن استوفى منافع الدابة مثلا قد أجرتكها بمسمى مكتوب في دفتري واقبضتنيه وتصرفت فيه فقال المتشبث كان ذلك مقاوله قبل ان تنقضي مدة اجارتها لزيد فلما انقضت غصبتها غصبا واستوفيت منافعها فنظرنا الى أجرة مثلها فاذا هي مائة ونظرنا الى ما كتبه في دفتره فاذا هو خمسون فلا حاجة حينئذ الى تحليف المتشبث على عدم الاستئجار ولا الى تحليف المالك على عدم الغصب لانه يعترف له بثبوت اجرة المثل له في ذمته فيصح للمالك حينئذ اي حيث لا حلف أصلا ان يطالبه بالمتخلف ويعامله باعترافه بالغصب والعدوان والاجتراء على فعل الحرام فيؤخذ بما اقترف و يعامل بما اعترف وان ظهر توهمه فالامر أظهر وقد نبه على ذلك في التذكرة قال ولو ادعى المالك الاجارة والمتشبث الغصب حلف المتشبث على عدم الاجارة ولا يحلف المالك على عدم الغصب لان أجرة المثل للذمم تجب له باعتراف المتشبث ويحمل الشاهد اطلاقه الحكم بانه تجب له أجرة المثل بحيث يتناول ما اذا كانت أكثر من المسمى الذي يدعيه المالك وانه لاحاجة الى حلفه وهو يوافق ما اردناه فيما فهمناه فصار الحاصل أنه كما ان المالك يؤاخذ باقراره فيحكم بان العين غير مضمونة عليه وان تلفت وكانت قيمتها الفا وان كان المتشبث يعترف بأنه غاصب ضامن لها كذلك يؤاخذ المتشبث باقراره فتؤخذ منه أجرة المثل وان كان المالك يعتقد انه لايستحق الا المسمى الذي ادعاه وهذا منه في الكتابين مبني على أن من أقر له بشيء وأنكر انه له أن يتسلم والمقر ان يسلمه وله أن يمتنع فتسلمه الحاكم أو يقر في يده وأقصى ماقال هنا أن له المطالبة ثم قوله في التذكرة تجب له يخالف الصحيح المختار في باب الاقرار (وكيف كان) فكلام التذكرة فيه مافهمناه وزيادة وكون الترجيح خلاف ذلك أمر آخر ومنه يتضح الحال فيما اذا كان المسمى أكثر كأن قال المالك أجرتكها بمائة وقد اقبضتنيها واتلفتها فقال نعم كان قبل أن تنقضي مدة اجارة زيد ثم اني غصبتها ، لاتستحق عندي الا أجرة المثل وهو خمسون فانا مطالب بالزيادة فانه ليس له ذلك لانه قبضه له وسلطه على اتلافه على أنه في مقابلة المنفعة وأنه غير مضمون بغير ذلك وعلى هذا يتضح قوله وليس للمستأجر طلب الفاضل من المسمى وانما يشكل على الفرض الاول فلا بد بناء عليه أي الفرض الاول من جعل من بمعنى عن ويكون تأكيدا للاول لكن قوله لو كان يمين الاول فظهر الوجه في فرض المسئلة بعد استيفاء الاجرة والوجه في انه ليس للمتشبث المطالبة بالفاضل من أجرة المثل عن المسمى ان كان هو المدعي للاجارة أنه اذا حلف المالك لنفي الاجارة وجب له أجرة المثل فلا يكون للمتشبث المطالبة بالزيادة وقد صرح بذلك في مزارعة المبسوط وعارية المختلف ويمكن أن يكون المراد من عبارة الكتاب ان ليس للمتشبث المطالبة بالفاضل من المسمى عن أجرة المثل لكنا عدلنا كالمحقق الثاني عن تفسيرها بذلك لانه فرض نادر لا يمكن تصوير النزاع

فيه الا على فرض نادر وهو توهم المالك أن أجرة المثل أكثر من المسمى على ان عدم مطالبته بالزائد من أجرة المثل مما لا ريب فيه والفرض هو الغالب الوقوع ولا كذلك عدم مطالبته بالزائد من المسمى فقد اتضح الحال في العبارة واندفعت عنها الاشكالات ولهذا أبقاها المصنف على حالها ولم يأذن باصلاحها مع اتفاق الجماعة على احتياجها الى الاصلاح كما ستسمع ولا حاجة بها الى ما ذكروه من التأويلات التي قال في شأنها جامع المقاصد لا ريب ان التزام غلط العبارة وفسادها أسهل من هذه التأويلات المستهجنة ولم يتعرض هو لتأويلها بشيء وظاهره انها لا تقبل التأويل واحتمال ان يكون المراد من العبارة انهما تحالفان فمرجع المالك الى أجرة المثل ان تم على بعده فانما يتم بالنسبة الى قوله فله المطالبة بالتخلف ولا يتم بالنسبة الى قوله وليس للمستأجر طلب الفاضل من المسمى لانه له ذلك لانه انما يثبت للمالك عند التحالف أقل الامرين من المسمى وأجرة المثل (قال في جامع المقاصد) اعلم ان هذه العبارة قد ذكرها جمع أنهم كانوا يبحثون فيه عند المصنف واتفقوا على احتياجها الى الاصلاح وحيث لم يصلحها المصنف تمحلوا لها تأويلات لعدم امكان اجرائها على ظاهرها لان المتبادر من قوله فان كان المدعي المالك ان المراد به مالك العين وهو المؤجر ولا ريب انه اذا كان كذلك لا يستقيم الحكمان المذكوران (أحدهما) ان له المطالبة بالتخلف من أجرة المثل أي الزائد على المسمى منها فانه اذا كان هو المدعي للاجارة فهو بزعمه مستحق المسمى لا لاجرة المثل فكيف يستحق المطالبة بالزائد عليه من أجرة المثل (الثاني) انه ليس للمستأجر طلب الفاضل من المسمى عن أجرة المثل لو كان هناك فاضل فانه حيث كان منكر الاجارة اذا حلف لنفيها وقد استوفى المنافع فوجب عليه أجرة المثل عنها لا المسمى فلو كان فيه زيادة عن أجرة المثل كان له طلبها فكيف يستقيم نفي استحقاقه طلب ذلك الزائد وكذا قوله على تقدير كون المدعي للاجارة هو المستأجر ولم يكن للمستأجر المطالبة بالفاضل من أجرة المثل ان كان لا يستقيم أيضاً على ظاهره لانه اذا كان المدعي للاجارة هو المستوفي لمنافع العين كان بزعمه ان الواجب عليه هو المسمى خاصة فتكون له المطالبة بالفاضل من أجرة المثل عن المسمى قال وهذا يمكن تخريجه ولما لم يمكن اجراء ما قاله على ظاهره ارتكب الجماعة له تأويلات (أحدها) حمل المدعي في قوله فان كان المدعي المالك على مدعي فساد العقد وان القول قوله بيمينه فان الحكمين يستقيمان حينئذ (واعترضه في جامع المقاصد) بان فيه مع انه خلاف الظاهر وتقديم مدعي الفساد ن مقابله وهو قوله وان كان هو المستأجر الى اخره لا يستقيم الا على ان المراد هنا كونه مدعيا أصل الاجارة وان الاختلاف فيه لانه مدعي الفساد وان الاختلاف في الصحة والفساد وذلك لان العين غير مضمونة لانه ما لا يضمن بصحيحه لا يضمن بفاسده فلا يكون أقسام المسئلة متطابقة ولا تكون المسئلة مستوفاة على واحد من التقديرين (الثاني) حمل قوله فان كان المدعي المالك فله المطالبة بالمتخلف من أجرة المثل على انه بعد يمين المستأجر لنفي الاجارة أو قبله اذا أكذب نفسه في الدعوى فانه حينئذ يستحق أجرة المثل باقرار المستأجر وتصديقه اياه فله طلب الفاضل من أجرة المثل حينئذ وحمل قوله وليس للمستأجر طلب الفاضل الى آخره على ان المراد لو كان هو المدعي للاجارة والمالك هو المنكر لها لانه حينئذ معترف باستحقاق المسمى في مقابلة المنافع وهذا الحمل منه قبيح من حيث ان الاحكام المذكورة لا تكون متطابقة لان الاول حكم ما اذا أكذب نفسه ولم يذكر باقي أقسام اكذاب نفسه والثاني من أحكام قوله وان كان هو المستأجر فيكون تقديمه عليه مخلا بنظم المسئلة مع ان المتبادر من قوله لو كان خلاف ذلك أي لو كان هناك فاضل ويكون حكم المدعي اذا لم يكذب نفسه فدأخل

ولو اختلفا في قدر الاجرة فقال أجرتك سنة بدينار فقال بل بنصفه فالقول قول المستأجر مع يمينه (متن)

به على ان حمل ذلك على اكذاب نفسه تعسف شديد وارتكاب لامر بعيد وارتكاب مثل هذا يخرج عن كونه عربيا (قلت) هذا حكاه الشهيد واعترضه بذلك قال في جامع المقاصد (الثالث) حمل المسالك في قوله فان كان المدعي المالك على ان المراد به مالك الاجرة وان الهاء في قوله عليه يعود الى المنكر وهو مالك العين المؤجرة وان لم يجر له ذكر فيستقيم حينئذ قوله فله المطالبة بالمتخلف من أجرة المثل وقوله ليس المستأجر طلب الفضل الى آخره ويكون قوله ولا ضمان في العين أي في الاجرة التي فرضناها تالفة وينزل قوله وان كان هو المستأجر على انه بفتح الجيم وان المراد به المالك أي وان كان المدعي هو مالك المستأجر لم يسقط ضمان العين أي ضمان عين الاجرة التالفة لأن انكار مالك الاذن من التصرف فيها وهذا أقبح من الاول وأشنع (قلت) هذا احتمله الشهيد والذي ذكره الجماعة المتأخرون عن المصنف في المسئلة ما حاصله ملخصاً ان مدعي الاجارة ان كان هو المالك حلف المتشبث المستوفي وثبت (والمستوفي يثبت خ ل) عليه أقل الامرين من أجرة المثل ومما ادعاه المالك وان كان المدعي هو المستوفي ثبت أكثر الامرين مما ادعاه ومن أجرة المثل وتمام الكلام واستيفاء الاقوال وهي ستة في باب العارية ويأتي له مزيد تحقيق في باب المزارعة ﴿ قوله ﴾ ﴿ ولو اختلفا في قدر الاجرة فقال أجرتك سنة بدينار فقال بل بنصفه فالقول قول المستأجر مع يمينه ﴾ قد عليه اجماعا كما في التذكرة وهو خيرة السرائر على ما حكي والشرائع والنافع والتحرير واللمعة وايضاح النافع والمسالك والروضة وكذا التنقيح وجامع المقاصد وهو معنى ما في الارشاد والروض ومجمع البرهان والكفاية ان القول قول منكر الزيادة وترك اليمين في بعضها لمكان العلم بأنه لابد منه وفي (مجمع البرهان) ان الوجه في ذلك واضح (قلت) لأنهما اتفقا في مطلق الاجارة واختلفا في قدر الاجرة فالمؤجر يدعي الزيادة والمستأجر ينكرها وانه ليؤخذ فيما اذا اختلفا في قدر الجعل في باب الجعالة مسلماً مفروغا منه وفي (الغنية ومزارعة الخلاف) انه يحكم بينهما بالقرعة للاجماع على ان كل أمر مشتبه فيه القرعة وفي (مزارعة المبسوط) ان كان الاختلاف قبل مضي المدة تحالفا وان كان بعد مضيها في يد المكتري كان القول قول المكتري كما في البيع فيجعل القول قول المشتري اذا كانت السلعة تالفة وقال انه هو الذي يقتضيه مذهبنا ثم قال ولو قلنا بالقرعة فمن خرج اسمه حلف وحكم له به كان قويا لجل مضي المدة واستيفاء المنفعة كتلف السلعة وهو المحكي عن أبي علي (وقال في المهذب) انهما يتحالفان فان نكل أحدهما كان القول قول الآخر مع يمينه وان نكلا أو حلفا جميعا انفسخ العقد في المستقبل وكان القول قول المالك مع يمينه في الماضي فان لم يحلف كان له أجرة المثل ومرجعه الى التحالف وان النكول كالتحالف ولم يقل بالتوقف وفي (جامع المقاصد) انه لا ريب في قوة التحالف وستسمع ما وجهته به وفي (المختلف) انه متجه وفي (مجمع البرهان) انه بعيد (قلت) للاصل ولما عرفت من اتفاقهما على العقد والعين والمدة وانقطاع الدعوى بحلف المنكر لان الاكثر داخل في الاقل فبعد الارتفاع الاكثر يثبت الاقل ولانه متفق عليه ولان دعوى الزيادة كدعوى الاجارة وضابطة التحالف ان لا يتفقا على شيء ولا اشكال حينئذ حتى نفزع الى القرعة على ان الظاهر اطباق المتأخرين على الاعراض عن هذين القولين الا من عرفت ممن استوجه التحالف أو قواه

ولو اختلفا في المدة فقال اجرتك سنة بدينار فقال بل سنتين بدينارين فالقول قول المالك مع يمينه ولو قال بل سنتين بدينار فهنا قد اختلفا في قدر العوض والمدة فالاقرب التحالف (متن)

﴿ قوله ﴾ ﴿ولو اختلفا في المدة فقال أجرتك سنه بدينار فقال بل سنتين بدينارين فالقول قول المالك مع يمينه﴾ كما في التذكرة والتحرير والارشاد والروض ومجمع البرهان وفي الاخير ان لوجهه في ذلك واضح (قلت) لأنهما قد اتفقا على العقد والعين والاجرة وانما اختلفا في زمان المدة ولا يقتضي ذلك الاختلاف في الاجرة لأنهما لما اتفقا على ان الاجرة على السنة دينار لم يكن بينهما خلاف فيها من حيث هي هي انما الاختلاف في المدة وبسبب الاختلاف فيها لزم الاختلاف في زيادة الاجرة وعدمها وفي (الغنية ومزارعة الخلاف) انه يحكم بالقرعة وقال في (المبسوط) هنا عين ما سمعته آنفا حرفا فحرفا وفي (جامع المقاصد) انه لاريب في قوة التحالف مستندا الى انه لا اتفاق بينهما في الواقع في المسئلتين لان أحدهما يدعي في الاول وقوع العقد على العين بالاقل مدة كذا والآخر يدعي وقوع ذلك بالاكثر ولا ريب ان المقارن لاحد المتقابلين عين المقارن للمقابل الآخر فكيف يكون عينه حتى يدعي الاتفاق على وقوعه نعم هو مثله ولحتمال ان القدر المشترك بينهما متفق على وقوعه فاسد لانه من حيث هو غير موجود في الخارج فالواقع انما هو المقيد لا المشترك ومنه يعرف الحال في المسئلة الثانية (وفيه) على تقدير التسليم ان موضع التحالف ما اذا رجعت الدعوى الى دعويين وما اذا لم تنقطع بحلف المنكر والظاهر ان الدعوى هنا واحدة وان حلف المستأجر يقطعها ويرفع النزاع والخصام وقد يمكن تصوير جعلها دعويين بما اذا قال أجرتك الدار المعلومة وأوقعنا الصيغة بمائة فيقول المستأجر انما وقعت الصيغة بخمسين حتى يكون العقد الذي تشخص بالعوض الذي يدعيه المالك غير الذي يدعيه المستأجر وأما اذا قال كما هو المفروض اني أستحق عليك مائة من طرف اجارة الدار فقال بل خمسين فانما هي دعوى واحدة على انا لم نجد هذا الفرق فارقا وان كانوا قد ذكروا مثله في باب الجعالة الا أن تقول انه يحتمل اتفاقهما على سبب يتعلق بالخمسين واختلافهما في حصول سبب المائة كما يأتي مثله فيما اذا اختلفا في المستأجر ثم انا لانجد فرقا بين مانحن فيه وبين ما اذا اختلفا في قدر الثمن في المبيع وكانت العين تالفة فانه وجميع الاصحاب الا من شذ على ان القول قول المشتري الا أن يقول ان الباعث على ذلك هناك مفهوم الخبر ولعلك تقول انا أيضا لانجد فرقا بينه وبين ما اذا اختلفا في قدر الجعل فان المصنف وغيره يذهبون هناك الى التحالف بل قد ادعيا هناك انه المشهور وان الاقوال الاخر راجعة اليه ماعدا قول ابن نما فاذا ادعى عليه العامل انه جعل له المالك مائة وقال المالك انما جعلت لك خمسين فاذا حلف المالك على نفي المائة لاتثبت بذلك دعواه انه خمسون ولا يثبت للعامل أيضا أجرة المثل بل لابد من حلفه على نفي الخمسين حتى يثبت له أجرة المثل وكذلك الحال فيما نحن فيه فان حلف المستأجر على نفي الدينار لا يثبت قوله انه نصف دينار الذي هو أقل من أجرة المثل مثلا ولا تثبت للمالك أجرة المثل حتى يحلف على نفي نصف الدينار فاما أن يقال بالتحالف فيهما أو بتقديم قول المالك في الجعالة وقول المستأجر في الاجارة ﴿قوله﴾ ﴿ولو قال بل سنتين بدينار فهنا قد اختلفا في قدر العوض والمدة فالاقرب التحالف﴾ كما في التحرير وكذا جامع المقاصد لان كلا منهما يدعي عقداً مغايراً للعقد الذي يدعيه الآخر والآخر ينكره وفي (السرائر) فيما حكي انه يقدم قول المالك وقد احتمله في التذكرة للاتفاق على تعيين الدينار والاختلاف انما هو في قدر ما قوبل به من المدة لكن لا ترجيح في

فاذا تحالفا قبل مضي شيء من المدة فسخ العقدان ورجع كل منهما في ماله فان رضي أحدهما بما حلف عليه الآخر أقر العقد وان كان بعد المدة أو شيء منها سقط المسمى ووجب أجرة المثل ما لم تزد عما يدعيه المالك وتنقص عما يدعيه المستأجر (متن)

التذكرة كالايضاح وفي (المبسوط) ما تقدم حرفا لحرفا وحكى عنه في الايضاح وجامع المقاصد انه اختار القرعة وقد عرفت انه انما قال لو قيل بها كان قويا ثم عد الى العبارة فالاختلاف في المدة ظاهر وأما الاختلاف في العوض فان عوض السنة على قول أحدهما دينار وعلى قول الآخر نصف دينار وقد يقال ان العوض الذي جرى عليه العقد متفقان عليه وهو الدينار وقد أقر المستأجر بانه مستحق عليه وانما الخلاف في زيادة المدة وعدمها فهو يدعي انه في مقابلة سنتين وانه يستحق السنة الزائدة والمالك ينفي ذلك ومنه يظهر وجه قول ابن ادريس فليتأمل ﴿ قوله ﴾ ﴿ فاذا تحالفا قبل مضي شيء فسخ العقدان ورجع كل منهما في ماله ﴾ كما في المبسوط وجامع المقاصد وظاهر الثلاثة أنه ينفسخ بالتحالف ولا يحتاج الى فسخ المتعاقدين أو أحدهما أو الحاكم كما احتمل ذلك في الدروس في البيع وهل ينفسخ اذا قلنا بانفساخه من أصله أو من حينه الظاهر الثاني كما هو خيرة الدروس هناك لانهما اتفقا على وجود عقد ناقل وفي (التذكرة) هناك انه ينفسخ من أصله وتظهر الثمرة في النماء ويحتمل تقديم المالك في الاحلاف وتقديم المستأجر والتساوي فيقرع أو يتخير الحاكم في التقديم ويصح أن يحلف كل منهما يمينا جامعة بين النفي والاثبات أو يمينا على النفي لكنه ان نكل أحدهما بعد هذه أعني المفردة أعيدت على الآخر يمين الاثبات وان نكلا فكتحالفهما أو يوقف الامر لانهما تركا الخصومة ﴿ قوله ﴾ ﴿ وان رضي أحدهما بما حلف عليه الآخر أقر العقد ﴾ كما في التحرير وجامع المقاصد وفي الاخير ان هذا اذا حلف يمينا جامعة للنفي والاثبات ظاهر وان اقتصر على نفي العقد الذي يدعيه صاحبه فلا بد من تصديقه أو رد اليمين الاخرى عليه ان رضي بالرد انتهى فتأمل جيداً ﴿ قوله ﴾ ﴿ وان كان بعد المدة أو شيء منها سقط المسمى ووجب أجرة المثل ما لم تزد عما يدعيه المالك وتنقص عما يدعيه المستأجر ﴾ كما ذكروا مثل ذلك في باب الجعالة لان أجرة المثل اذا زادت على ما يدعيه المالك لم تجب لاعترافه بعدم استحقاقه الزيادة فيدفع اليه حينئذ المسمى وكذا اذا نقصت عما يدعيه المستأجر لانه يعترف بوجوب ما زاد عليه فيجب دفعه وقد يقال انه تجب أجرة المثل كائنة ما كانت لان التحالف أسقط المسمى فكأنه لم يسم لكنا لم نجد من احتمله الا المولى الاردبيلي في مثله ويتخرج على ما في الكتاب انه اذا كانت أجرة المثل للسنة الواحدة مائة وخمسين والمالك يدعي ان المسمى مائة والمستأجر انه خمسون أن لا تجب اليمين على المستأجر لانه اذا حلف على نفي ما يدعيه المالك استحق المالك المائة فليأخذها من دون حلف المستأجر ورده في جامع المقاصد بما حاصله ان المستأجر ربما رد اليمين على المالك فنكل فردت عليه أو ردها المالك من دون نكول فان المستأجر يحلف فثبت الخمسون دون المسمى الذي يدعيه المالك (وفيه) ان الظاهر ان مراد المخرج انه بعد حلف المالك لا تجب اليمين على المستأجر ثم ان المخرج انما قال لا تجب اليمين ولم يقل لا فائدة لها الا أن تقول انه بمعناه على ان المدعي اذا ردت عليه اليمين فنكل سقطت دعواه في ذلك المجلس وغيره على المشهور فلا حاجة الى الرد بل اختلفوا فيما اذا لم ينكل المدعي عن اليمين المردودة ثم ان المنكر بذلها

و يحتمل مع التحالف استحقاق المنافع سنة بالنسبة من الدينار (متن)

فهل يلتفت اليه و ترد عليه أم لا قولان ورده ايضا بانه ربما خاف اليمين فاقر بالواقع على تقدير مطابقته لدعوى المالك فتوجه اليمين عليه لبيان صدقه (قلت) بل الاولى على مذاقه أن يقال لعل المستأجر يريد أن يثبت انها خمسون فاذا حلف أولا لنفي ما يدعيه المالك وعرض الحلف على المالك على نفي الخمسين فلعله يكل أو يخاف اليمين ويقر بأنها خمسون كما ذكرنا مثله في باب الجعالة فليتأمل جيداً ولو نقصت اجرة المثل عما يدعيه المستأجر كأن كانت ثلاثين تخرج أن لا يجب على المالك حلف لانه اذا حلف لنفي ما يدعيه المستأجر ثبت الخمسون لا غير فلا فائدة لهذه اليمين ولو نكل أو رد اليمين أو أقر فالواجب هو ذلك فلا يظهر لها أثر أصلا وقد يقال ان الفائدة انه لو دفع له المستأجر ذلك قبل التحالف لم يكن دفعه له على طريق المؤاخذة له أي المستأجر بظاهر اقراره و بعد التحالف يتمحض الزائد لكونه مستحقة بمجرد الاقرار والمؤاخذة كما ذكروا مثله في باب الجعالة ﴿ قوله ﴾ (ويحتمل مع التحالف استحقاق المنافع سنة بالنسبة من الدينار) وجهه في الايضاح بأنهما اتفقا على استحقاق المستأجر منافع السنة لكن المالك يدعي الزيادة على النسبة من الدينار والقول قول المنكر مع اليمين فلذلك حكمنا على المؤجر باستحقاق المستأجر المنافع سنة وعدم ثبوت الزيادة على نسبتها من الدينار ولعله اراد انا انما أوجبنا اليمين على المالك لان القول قوله في انكار السنة الزائدة فاذا حلف بطل استحقاقها وتثبت السنة الاولى على أنها متفق عليها وانما أوجبنا اليمين على المستأجر لان المالك ادعى عليه دينارا في مقابلة السنة المتفق عليها وهو ينكر ذلك فاذا حلف سقطت عنه الزيادة من الدينار الذي ادعاه المالك فقد حصل من ذلك الاتفاق على استحقاق المستأجر منافع السنة والقاعدة اعني قاعدة ان القول قول المنكر قضت بان أجرة هذه السنة نصف دينار ان تساوت السنتان ولك ان تمنع الاتفاق على الاستحقاق لان المستأجر يقول انما استحقها منضمة الى الاخرى لا منفردة كما يدعيه المالك وفرق تام بين الانفراد والانضمام ولعله بهذا التقرير لا يتم ما نظر به في جامع المقاصد لانه ما وجهه بهذا التوجيه وانما وجهه بان الذي انتفى بيمين المالك السنتان بالدينار ولا ينافي ثبوت سنة بنصف دينار والذي انتفى بيمين المستأجر هو كون السنة بدينار وذلك لا ينافي كونها بنصف دينار وأيضا قد تصادقا على وقوع الاجارة سنة وان أجرتها لا تنقص عن نصف دينار و يثبت ذلك اذ لا دليل على نفيه ثم قال وفيه نظر لانهما لم يتصادقا على ذلك لان دعوى المستأجر السنتين وان تضمن سنة الا انه قد انتفى بيمين المالك لانتفاء المدلول المطابقي فينتفي بانتفائه المدلول التضمني وكذا القول في دعوى المالك السنة بدينار فانها قد انتفت بيمين المستأجر فينتفي التضمين وهو كونها بنصف دينار لانتفاء المطابقي انتهى فليتأمل جيداً ولك أن تقول لا حاجة في هذا الاحتمال الى فرضه بعد التحالف بل انه يجوز للحاكم أن يفعل ذلك معهما من أول الامر كما اذا جاء المستأجر أولا وادعى ان المالك أجره الدار سنتين فحلف المالك وقال انما أجرته سنة ولم يذكر الاجرة ثم اختلفا بعد ذلك في مقدار الاجرة فحلف المستأجر انها ليست ديناراً فان هذا الاحتمال متعين في صورة التفريق فيحتمل ان الحاكم أن يفرق ذلك وان ابرزاها معا ومعنى استحقاق المنافع بالنسبة من الدينار أن أجرة السنتين اما أن تكون متساوية أولا فعلى الاول تكون النسبة النصف فله نصف الدينار عن سنة وعلى الثاني اما ان تكون أجرة السنة الاولى أكثر أو أقل

ولو قال المالك اجرتكها سنة بدينار فقال بل استأجرتني لحفظها سنة بدينار قدم قول المالك في ثبوت الاجرة لان السكنى قد وجدت من المستاجر فيفتقر الى بينه تزيل عنه الضمان ولو اختلفا في القدر المستأجر فالقول قول المالك (متن)

فان كانت أكثر كما اذا كانت أجرتها دينارين والثانية ديناراً فله عن السنة الاولى ثلث الدينار وان كانت أقل والفرض بالعكس فله عنها ثلث دينار ﴿ قوله ﴾ (ولو قال المالك أجرتكها سنة بدينار فقال بل استأجرتني لحفظها سنة بدينار قدم قول المالك في ثبوت أجرة (الاجرة خ ل) لان السكنى قد وجدت من المستأجر فيفتقر الى بينه تزيل عنه الضمان) هذا خيرة التحرير وكذا جامع المقاصد لانه اذا حلف المالك لنفي مايدعيه المستأجر انتفى استحقاقه للاجرة وثبت عليه أجرة في الجملة لانه قد استوفى المنافع ولم تكن مجانا ولم يأت بمسقط لها عنه فيحتمل ان يكون ماثبت عليه في الجملة جرة المثل ويحتمل المسمى فاذا حلف المستأجر انتفى المسمى وتعينت أجرة المثل الا ان تزيد على المسمى فتنكير الاجرة كما في بعض النسخ جيد في محله (وقال في التذكرة) قدم قول المالك فيحلف انه لم يستأجره ويحلف الساكن انه لم يستأجر الدار وتلزمه أجرة المثل وبه جزم أيضا في جامع المقاصد وهو اوفق بالضوابط لان كلا منهما مدع ومدعى عليه لكنه لايجدي قوله في التذكرة قدم قول المالك ولو كان المراد تقديمه في الاحلاف كما تقدم ويتخرج على مافي الكتاب ان لاحاجة الى حلف المستأجر اذا زادت أجرة المثل عن المسمى أوساوته كما تقدم مثله وقد يكون المراد عمافي الكتاب وفي التذكرة واحدا من دون تفاوت أصلا ﴿ قوله ﴾ (ولو اختلفا في القدر المستأجر فالقول قول المالك) كما في السرائر على ماحكي عنها والشرائع والنافع والتحرير والارشاد واللمعة وجامع المقاصد والمسالك والروضة والروض (۱) والكفاية واحتمل في التذكرة التحالف وتقديم قول المالك من دون ترجيح وفي (جامع المقاصد) أنه لا ريب في قوة التحالف لان كل واحد منهما مدع ومنكر والمراد ان هذا لاختلاف بعد اتفاقهما على جريان الاجارة على شيء منه كأن قال أجرتك البيت بدينار فقال بل البيت وسائر الدار كما يعرف ذلك من امثلتهم وقاعدتهم فان القول عندهم قول المؤجر لانه المنكر للزائد وهم في مجمع البرهان من عبارة الارشاد وهي كعبارة الكتاب أنه قال له أجرتك الدار فقال بل الحمام واعترض بأن الظاهر حينئذ التحالف (وفيه) ان ما فهمه يعبرون عنه بما اذا اختلفا في تعيين المعقود عليه في تعيين المستأجر ولا ريب حينئذ في التحالف كما اذا اختلفا في جنس الاجرة أووصفها وكيف كان فلم نجد أحدا أصلا صرح بتعيين التحالف فما في الرياض وغيره من عده قولا غير صحيح هذا (وقال في التذكرة) فيما نحن فيه انهما اذا لم يذكرا العوض ولا تنازعا فيه كأن قد قبضه المالك واتفقا على براءة ذمة المستأجر ثم ادعى أنه استأجر الدار بأسرها فقال المالك بل أجرتك هذا البيت فيها خاصة فانه يقدم قول المالك قطعا ورده في جامع المقاصد بانه لايجد فرقا اذا وقع التصريح وقع التصريح بالاجارة بين ان يذكر العوض وعدمه لانهما مختلفان في سبب استحقاقه وان لم يذكراه فان ذكر الملزوم والاختلاف فيه في قوة الاختلاف في اللازم انتهى (وفيه) أنه بعد الاتفاق على براءة ذمة المستأجر رجع الامر بالنسبة الى الدار الى الاختلاف في أصل الاجارة ولا ريب في تقديم قول

---

(۱) كذا في النسخ ومر احتمال أن يراد به روض ابي الفتوح الرازي (مصححه)

وكذا لو اختلفا في رد العين المستاجرة ولو اختلفا في التعدي فالقول قول المستأجر وكذا لو ادعى الصانع او الملاح او المكاري هلاك المتاع وانكر المالك فالقول قولهم مع اليمين وكذا ان ادعى اباق العبد من يده أو ان الدابة نفقت أو شردت وأنكر المالك ولا أجرة على المستأجر مع اليمين ولو ادعى ان العبد مرض في يده وجاء به صحيحا قدم قول المالك ولو جاء به مريضاً قدم قوله ولو اختلفا في وقت الهلاك او الاباق او المرض فالقول قول المستأجر لان الاصل عدم العمل ان قدر به وقلنا تملك بالعمل والا فاشكال (متن)

منكرها ومثله مالو سكتا عن الاجارة بالكلية وقل أحدهما اني استحق منفعة الدار باسرها فقال المؤجر بل تستحق منفعة البيت وحده فان المالك يحلف لنفي الزائد قطعاً لعدم التصريح بما يقتضي التحالف لاحتمال اتفاقهما على سبب يتعلق بالبيت بخصوصه واختلافهما في حصول سبب آخر للباقي كما تقدم مثله في أول الفصل ﴿ قوله ﴾ ﴿ وكذا لو اختلفا في رد العين المستأجرة ﴾ كما في الكتب المتقدمة من دون خلاف ولا اشكال ولا احتمال للاصل وقبضه له لمصلحته فلا احسان منه كما في الوديعة يقتضي بقبول قوله لانه ليس بامين محض ﴿ قوله ﴾ ﴿ ولو اختلفا في التعدي فالقول قول المستأجر ﴾ كما في الشرائع والنافع والتذكرة والتحرير والارشاد وجامع المقاصد والروض (١) والمسالك للاصل وقد ورد في عدة أخبار النهي عن تضمينه وهو يقضي بكونه أمينا من هذه الجهة فليس عليه الا اليمين ﴿ قوله ﴾ ﴿ وكذا لو ادعى الصانع او الملاح أو المكاري هلاك المتاع وانكر المالك فالقول قولهم مع اليمين ﴾ قد تقدم الكلام فيه بما لا مزيد عليه ﴿ قوله ﴾ ﴿ وكذا ان ادعى اباق العبد من يده أو ان الدابة نفقت أو شردت وأنكر المالك ﴾ أي القول قوله مع اليمين كما في التذكرة والتحرير وجامع المقاصد لانه أمين يمكن صدقه فلو لم نعتبر يمينه لافضى تخليده الحبس وهذا اذا لم يأت بالعبد المدعى اباقه أو الدابة فان أتى به أو بها وادعى الاباق أو الشرد في جميع المدة أو بعضها لم تسمع دعواه الا بالبينة لانه يدعي خلاف الاصل والظاهر لانه يدعي عدم وصول العوض اليه مع أنه مكن منه ﴿ قوله ﴾ ﴿ ولا أجرة على المستأجر مع اليمين ﴾ أي اذا حلف المستأجر اباقه ونفقها أو شردها عقيب العقد سابقا على العمل لان القول قوله في ذلك لانه أعلم وقت الهلاك لكونه حصل في يده فصار ذا يد وبه خالفت هذه قوله فيما بعد ولو اختلفا في وقت الهلاك ولان الاصل عدم العمل وهذا اذا كان تقدير منفعة العبد والدابة بالعمل وأما اذا كان التقدير بالزمان فانه يقدم قول المالك كما يأتي ﴿ قوله ﴾ ﴿ ولو ادعى ان العبد مرض في يده وجاء به صحيحا قدم قول المالك وان جاء به مريضا قدم قوله ﴾ هذا التفصيل جزم به في التذكرة وجامع المقاصد وفي (التحرير) انه أقرب لأنه اذا جاء به صحيحا فقد ادعى مايخالف الاصل فعليه البينة وان جاء به مريضا فقد وجد مايخالف الاصل يقينا وكان القول قوله في مدة المرض لانه في يده فهو اعلم بذلك صرح بذلك في التذكرة وهذا ايضا اذا كان التقدير بالعمل ﴿ قوله ﴾ ﴿ ولو اختلفا في وقت الهلاك أو الاباق أو المرض فالقول قول المستاجر لان الاصل عدم العمل ان قدر به وقلنا يملك بالعمل والا فاشكال ﴾ قد صرح بان القول قول المستأجر في التذكرة

(١) كذا في نسختين وقد عرفت الحال قريبا (مصححه)

والتحرير وجامع المقاصد وكذا الايضاح والحواشي اذا اختلفا في وقت هلاك العبد أو اباقه أو مرضه هل هو قبل العمل أو بعده بعد اتفاقهما على حصول ذلك مستندين الى ان الاصل عدم العمل اذ المفروض تقدير المنفعة به ولهذا أفرده عن الدابة اذ ليس لذلك ظاهر شرع حتى يعول عليه ولا اصل يستند اليه يستلزم العمل الا ان الهلاك حادث والاصل تأخره وعدم تقدمه والاصل بقاء العبد الى ان يعلم الهلاك لكن ذلك كله لا يستلزم انه عمل اذ ليس في ذلك دلالة على تحققه سواء لحظنا الاقتران أم لم نلحظه (وعساك تقول) ان أصل عدم حدوث المسقط لاستقرار الاجرة أصل متين يستلزم انه عمل (لانا نقول) المفروض أنهما اتفقا على حدوثه وانما الخلاف في تقدمه فرجع الى الاصلين الاولين أو نجيب بادق من ذلك وهو ان سبب استقرار الاجرة انما هو العمل والاصل عدمه فكان هذا وأراد على ذلك الاصل وقاطعا له نعم ان قدرت المنفعة بالزمان توجه ذلك كما يأتي مضافا الى ان للمستأجر أصلين آخرين وهما أصل عدم استحقاق المؤجر الاجرة واصل براءة ذمة المستأجر منها وان قلت هما أصل واحد فعلى تقدير التسليم ففي واحد بلاغ وقد قيد ذلك في الكتاب والايضاح وكذا جامع المقاصد بما اذا قلنا ان المؤجر يملك الاجرة بنفس العمل وبحصوله وان ملكها غير متوقف على تسليمه الى المستأجر (وان قلنا) أنها انما تملك بالعمل وتسليمه ففي تقديم قول المؤجر أو المستأجر اشكال وقد خلت عن ذلك عبارة التذكرة والتحرير بل خلى عنه كلام الذين يتمسكون بأدنى احتمال وأوهن اشكال وهو في محله لانه لا فائدة في ذلك أصلا على ما ذكره الشهيد والمحقق الثاني في وجهي الاشكال وأما على ما ذكره ولده فله فائدة الا ان احتمال تقديم قول المؤجر ضعيف جداً لا يصلح لان يكون منشأ للاشكال (قال في الايضاح) احتمل تقديم قول المستأجر لان الاصل عدم العمل ولانه ينكر وجوب العوض وتقديم قول المؤجر لان المستأجر يدعي تقدم الهلاك على القبض والاصل عدمه انتهى (وفيه) ان المستأجر وان ادعى ما يخالف الاصل من تقديم الهلاك فهو مضافاً الى ما تقدم الاصلان المقدمان والمؤجر يخالف لاصل عدم العمل ولاصل القبض والتسليم وأصل عدم استحقاقه الاجرة فكان احتمال تقديم قوله ضعيفاً جداً نعم فائدة توجه اليمين على المنكر منهما اذا تحقق موجودة وهو كونه بحيث اذا أقر بخلاف ما يريدان يحلف عليه نفع وان كان محل تأمل أيضاً وأما عدم الفائدة على ما ذكره الشهيد والمحقق الثاني في وجهي الاشكال فلانه قد قال في جامع المقاصد وحاشية الشهيد مع زيادة ايضاح ينشأ من ان المستأجر بدعواه تقدم الهلاك مخالف للاصل فيكون مدعيا وقول المالك انما لم نحكم بتقديمه لانه يحاول اثبات استقرار تملك الاجرة والاصل عدمه وهذا المانع هنا منتف فيكون القول قول المالك بيمينه ومن ان العمل وان لم يثبت به استقرار الاجرة الا أن له مدخلا في ذلك فهو جزء السبب فحينئذ المالك يحاول تمهيد اثبات استحقاق الاجرة فلا يقدم قوله فيه باليمين وهذا الوجه أقرب انتهى ولا يخفى ما في قوله وهذا المانع هنا منتف ولعله أراد ان المالك انما يحاول أنه لم يهلك وانه عمل ولا مانع من ذلك لانه لا ضرر فيهما على المستأجر لو أقربهما من دون تسليم العمل وكلامهما ظاهر اوصريح في ان الاختلاف في مجرد العمل اذ لم يتعرضا القبض والتسليم الا بالنسبة الى ضمهما الى العمل الذي هو مقدمة وهذا الاختلاف لا فائدة فيه أصلا اذ لا يتجه توجه اليمين على المستأجر اذ لو أقر بالعمل من دون التسليم لم يلزمه شيء وجعله مقدمة لثبوت الاستقرار اذا ضم اليه بعد ذلك دعوى التسليم غير مفيد لان دعوى التسليم تتضمن دعوى العمل فلا يكون اثبات العمل مقدمة له فوجودها وعدمها على حد

وان قدر بالزمان قدم قول المالك فلو قال أمرتك بقطعه قباء فقال بل قميصا قدم قول المالك على رأي (متن)

سواء وقد نبه على ذلك في جامع المقاصد وقال في بيان عدم فائدته انه لا يتوجه توجه اليمين على واحد منها لان فائدة اليمين اذا أقر المدعى عليه بما يحلف عليه نفع وهذا ليس كذلك (وفيه) مع ما في قوله بما يحلف عليه من خلاف المراد ان المؤجر اذا توجهت اليمين عليه فأقر بان الهلاك قبل العمل والقبض نفع ، كان توجيه الايضاح لا يصلح للاشكال لكنه له فائدة وتوجيه الشهيد لا يصلح للاشكال ولا فائدة فيه بالنسبة الى توجه اليمين على المستأجر وانما قلنا انه لا يصلح للاشكال لمكان وجود الاصول المذكورة فلا بد أن يراد من قوله والا فاشكال انا لم نقل انه يملك بالعمل ففي احتمال تقديم قول المستأجر بيمينه اشكال لانه لو أقر بخلاف ما يريد أن يحلف عليه لم يلزمه شيء وهو خلاف القاعدة المقررة فلم يصل الجماعة الى مراد المصنف وأطالوا في غير ما فائدة ﴿ قوله ﴾ (فان قدر بالزمان قدم قول المالك) لان الاصل عدم تقدم الهلاك والاصل عدم حدوث المسقط لاستقرار الاجرة لانه بعد ان سلمه العبد وكان الاصل بقاءه الى أن يعلم هلاكه يكون قد تحقق سبب استقرار الاجرة فلا ينتفي الا بقاطع وحدوث الهلاك وتقدمه ينفيان بأصل عدمها وأما أصل عدم استحقاق الاجرة فلا يجدي بعد وجود المقتضي لاستقرارها وهو تسليم العين طول المدة لان كان الاصل بقاءها لانه يرجع الى ان الاصل عدم استحقاق الاجرة بعد استحقاقها ولا يتأتى شيء مما ذكرهنا فيما اذا كان التقدير بالعمل كما تقدم بيانه ﴿ قوله ﴾ (ولو قال أمرتك بقطعه قباء فقال بل قميصا قدم قول المالك على رأي) هو خيرة الخلاف والمبسوط والمهذب والسرائر والشرائع والتذكرة والتحرير والارشاد والمختلف والايضاح والحواشي واللمعة وجامع المقاصد والمسالك والروضة وفي (الحواشي) انه المشهور لان المالك منكر لما يدعيه الخياط من الاذن في قطعه قميصاً وفي التصرف في ماله ولانه أحدث نقصا بالقطع ويدعي المسقط لضمانه ولانه يقدم قوله في أصل الاذن فكذا في صفته لان مرجعه الى الاختلاف في الاذن على طريق مخصوص فكان كالودفع اليه عينا فقال صاحبها أودعتكها وقال المدفوع اليه وهبتها لي فان القول قول المالك ولا سيما اذا كان مع المالك ظاهر حال يدل على صدقه كأن كان ممن لا يلبس الا الاقبية كما لو اختلفا في حائط لاحدهما عليه عقد اوزواج كما تقدم في الصلح ومثل ذلك ما اذا قال أمرتك بصبغه أحمر فقال بل اسود بل لم يمثل في المهذب الا به وقال في وكالة الخلاف والمبسوط القول قول الخياط لان صاحب الثوب مدع بذلك ارش القطع على الخياط فعليه البينة وعلى الخياط اليمين (وقال في الخلاف) في باب الاجارة كنا قلنا فيما تقدم ان القول قول الخياط لانه غارم وان رب الثوب مدع عليه قطعا لم يأمره به فيلزم بذلك ضمان الثوب فكان عليه البينة فاذا فقدها فعلى الخياط اليمين وهذا أيضا قوي وكان قد جزم أولا بان القول قول صاحب الثوب كما حكيناه عنه وقضية كلامه ان الخياط يحلف لنفي ارش القطع ليخرج عن ضمان الثوب فيلزم منه أن يحلف المالك لنفي الاجرة لان الخياط يدعيها وقد نبه على ذلك في التذكرة قال ومن قدم قول الخياط فلا بد وان يقول بالتحالف وحكى فيها عن الشافعي ان رب الثوب يدعي عليه الغرم وينفي الاجرة والخياط يدعي الاجرة وينفي الغرم فيتحالفان قال وهو ليس بجيد لان الاختلاف وقع في الاذن لا في الاجرة والغرم فكان القول قول منكر الاذن ولان الخياط يعترف بانه أحدث نقصا

في الثوب ويدعي انه مأذون فيه والاصل عدمه ولانه يدعي انه أتى بالعمل الذي استأجر عليه انتهى وقد جزم في وكالة التذكرة بان القول قول الخياط وقد ساقه هناك لامر آخر وقد بينا هناك فساده وهذا كله بيان لان الخياط مدع وهو لا ينفي كون المالك مدعيا واستدل في (جامع المقاصد) على ان المالك ليس مدعيا بانه لا يدعي الخياط شيء لان مجرد الاذن في القطع قباء لا يوجب على الخياط شيئا اذ لو لم يحدث الخياط حدثا في الثوب لم يكن عليه بسبب الاذن ضمان غاية ما في الباب انه لا يستحق أجرة وانما يتحقق التنازع باعتبار القطع قميصا ودعوى الخياط الاذن فيه لينفي عن نفسه الغرم ثم قال لا وجه هنا التحالف (ونحن نقول) ان الخياط اذا أتاه به مقطوعا قميصا مخيطا وطالبه بالاجرة فالمالك اما أن يقتصر على انكار الاذن في قطعه قميصا أو يقول له لا تستحق عندي أجرة بل الاجرة التي دفعتها لك ان كان دفعها له يجب عليك ردها وانا مطالب بها و بالارش صار مدعيا للغرم نافيا للاجرة كما قال الشافعي وانكار ذلك مخالف للبديهة الا أن يقال انما غرضه بيان ما صوره الاصحاب فقط ولهذا وقع في بعض العبارات تسميته مدعيا كقولهم وادعى قطعه قباء وادعى الخياط قميصا كما في الارشاد وغيره وكلام الاصحاب مبني على الاول وهو ان المالك لم يقابله بدعوى الارش وانكار استحقاق الاجرة وانما يقابله بانكار الاذن في قطعه قميصا جامدا على ذلك كما فهم ذلك المقدس الاردبيلي من عبارة الارشاد واستظهر التحالف ان قابله بدعوى الارش وانكار استحقاق الاجرة ولهذا جزم في التذكرة بان من قدم قول الخياط لا بد وأن يقول بالتحالف وماذاك الا لما ذكرناه من انه حينئذ ينتهض المالك للدعوى لينفي الاجرة عنه هذا وقد يفهم من كلام الخلاف ان فائدة يمين الخياط انما هو دفع الغرم عن نفسه وانه لا يستحق بها أجرة لانه فيها مدع فيكون القول قول المنكر وحينئذ فيكون قول المصنف فيما بعد وعلى رأي قول الخياط فيسقط عنه الغرم وله أجرة مثله ليس اشارة الى قول الشيخ في الخلاف وانما هو اشارة الى أحد قولي الشافعي وهو الاظهر عند أصحابه لان الخياط يحلف على انه أذن له في قطعه قميصا او ما اذن له في قطعه قباء وعلى التقديرين تثبت الاذن وهو يستلزم ثبوت الاجرة فاذا امتنع ثبوت المسمى لانه لا يثبت بيمينه استحق أجرة المثل الا أن تساوي المسمى أو تزيد عليه لاعترافه بعدم استحقاق الزائد لكن الاصحاب لما جزموا بكون الخياط مدعيا حيث لم يقابله المالك الا بالانكار لم يوجبوا عليه اليمين ابتداء سواء كانت لرفع الارش أو لطلب الاجرة (و بقي شيء) وهو انك قد عرفت أن من قدم قول الخياط قال بالتحالف وقد قال في التذكرة أن المالك يحلف لنفي الاجرة وليس معناه أنه يحلف انك ما تستحق عندي بل يحلف كما صرح به في التذكرة في مقام آخر أيضا اني ما اذنت لك في قطعه قميصا وقد سمعت كيف يحلف الخياط فاذا تحالفا تساقطا فلا تجب على المالك أجرة ولا على الخياط ارش كما هو قضية التحالف وعليه نص الشافعي لكن مولانا المقدس الاردبيلي بعد ان استظهر التحالف استظهر انه لا اجرة للخياط وأنه يلزمه ارش نقص الثوب عما كان ولعله أوفق مما قاله الشافعي وادق لان التحالف قضى أن لا اذن في القطعين فمادا كأنهما لم يتعاقدا وقد وجدنا الثوب مقطوعا فيلزم قاطعه تفاوت ما بين كونه صحيحا ومقطوعا الا أن تقول اذا أوجبنا عليه الغرم لم تكن ليمينه تأثير أصلا لانه لو حلف المالك ونكل الخياط سقطت الاجرة ووجب الغرم فلو وجب مثل ذلك مع يمينه لم يكن فرق (فان قلت) اذا حلف المتبايعان فانه يرجع الى القيمة ان كانت تالفة فهنا يرجع الى الارش لان كان ناقصا الا أن تقول ان يمين المشتري هناك لم تقع على اسقاط القيمة ولا غرض هنا الا اسقاط الغرم (والتحقيق) ان تلحظ كيفية التحالف فان

فلو اراد الخياط فتقه لم يكن له ذلك ان كانت الخيوط من الثوب أو المالك ولا اجرة له وعليه الارش ولو كانت الخيوط للخياط ففي اخذها نظر اقربه ذلك (متن)

كان كما ذكره في التذكرة صح قول المقدس الاردبيلي وان كانت الكيفية كما صورها وفرضها الاردبيلي اتجه كلام الشافعي ﴿ قوله ﴾ ﴿ فلو اراد الخياط فتقه لم يكن له ذلك ان كانت الخيوط من الثوب أو المالك ولا أجرة له ﴾ كما في المبسوط والشرائع والتذكرة والتحرير وجامع المقاصد والمسالك والروضة (أما الاول) وهو انه ليس للخياط فتقه فلأنه ليس له عين يمكن انتزاعها اذ ليس هناك الا العمل وهو ليس عينا حقيقة يمكن انتزاعها من مال الغير وان جرى مجرى الاعيان فكان كما لو نقل ملك غيره من موضع الى آخر عدوانا فانه ليس له رده الا بمطالبة المالك وأما انه لا أجرة له فلأنه عمل عملا لم يأذن فيه المالك بل من المعلوم انه اذا وجب عليه الارش كما يأتي لا تكون له أجرة ﴿ قوله ﴾ ﴿ وعليه الارش ﴾ كما في المبسوط والمهذب ومجمع البرهان والتذكرة وما ذكر بعدها آنفا وهو قضية كلام المهذب والسرائر والشرائع وان لم ينص عليه فيها لانه اذا حلف لنفي الاذن في القطع قميصا يجب على الخياط الارش وهل هو ما بين قيمته مقطوعا قميصا وغير مقطوع أو ما بين قيمته مقطوعا قميصا أوقيمته مقطوعا قباء لا ترجيح في المبسوط واختير في التذكرة والمختلف الثاني ووافقه عليه في كتابيه الشهيد الثاني و ستوجه الاول المحقق الثاني وهو الظاهر من مجمع البرهان وكذا المهذب لان قطعه قميصا عدوان ثم لو لم يتفاوت القميص والقباء في بعض القطع أمكن أن لا يجب ارشه لكونه من جملة المأذون فيه اذ لا أثر لقصد القميص بقطعه على تأمل فيه وقد تقدم مثله فيما اذا قال له اقطعه قميص رجل فقطعه قميص امرأة وقد تقدم فيما اذا اكترى أرضا ليزرعها حنطة فزرعها ذرة ان الاصح أنه تثبت له أجرة المثل لا تفاوت ما بين الزرعين وقد احتمل فيما اذا باع الوكيل بالغبن الفاحش انه يغرم جميع الغبن واحتمل انه يحط عنه ما يتغابن الناس به لانه كالمأذون فيه و بقي شيء وهو انا اذا قلنا انه يغرم تفاوت ما بين القطعين فهل يستحق لذلك أجرا أم لا احتمالان الظاهر الاول فتامل اذ قد يقال الظاهر الثاني كما اذا لم ينقص بالقطع شيئاً فانه حينئذ لا يستحق شيئا وكذلك الكلام في القطع التي تصلح لهما ﴿ قوله ﴾ ﴿ ولو كانت الخيوط للخياط ففي أخذها نظر قربه ذلك ﴾ و به جزم في المبسوط والتذكرة والتحرير وفي (الايضاح وجامع المقاصد والمسالك) أنه الاصح وفي (الروضة) انه الاقوى لانه عين ماله وهي باقية فكانت كالصبغ فيمكن من أخذها ووجه العدم أنه قد ثبت بيمين المالك أنه وضعها بغير اذن فلم يكن له أخذها لاستلزامه التصرف في مال الغير عدوانا ولان الخياط يزعم انها للمالك بناء على ان الخيوط من الخياط وأنه لا يستحق الا الاجرة وقد ظلمه المالك بانكاره فلم يكن له الاخذ (وفي الاول) انا نوجب على المالك ذلك لان وقوعه عدوانا ظاهرا لا يقتضي اسقاط ماليته فله التصرف بالقلع فان نقص بذلك فله ارش ثان (وفي الثاني) ان ذلك على تقدير بقاء الاجارة اما اذا انتفت شرعا وتعذر على الاجير العوض فله الرجوع الى عين ماله لتعذر المعاوضة فليتأمل جيداً ولو أراد المالك تملكها بالقيمة فقد تقدم في باب الغصب ان المشهور أنه لا تجب على الغاصب الاجابة فبالاولى ان لا يجب ذلك على الخياط لكنا هناك قوينا اجابة المالك وقلنا ان اجباره على الرضا بالتصرف والارش ان نقص ماله ليس باولى من جبر الغاصب بالقيمة واجباره عليهما مع دخول

فلو قال المالك انا اشد في كل خيط خيطا حتى اذا سله عاد خيط المالك في مكانه لم يجب الاجابة وعلى رأي قدم قول الخياط فيسقط عنه الغرم وله اجرة مثله بعد اليمين لا المسمى ان زاد لانه لا يثبت بقوله ولو غصبت العين فاقر بالملكية قبل في حقه دون المستأجر والمستاجر مخاصمة الغاصب لاجل حقه في المنفعة (متن)

الضرر عليها في ذلك فيشبه العبث (١) وكذلك الحال فيما هنا ﴿ قوله ﴾ ﴿ فلو قال المالك انا أشد في كل خيط خيطاً حتى اذا سله عاد خيط المالك في مكانه لم تجب الاجابة ﴾ كما في المبسوط والتذكرة والتحرير وجامع المقاصد والمسالك والروضة ووجهه واضح لاستلزامه التصرف في ملك الغير بغير موجب يقتضيه فلا تجب الاجابة اليه ولا يجوز الا باذن المالك ﴿ قوله ﴾ ﴿ وعلى رأي قول الخياط فيسقط عنه الغرم وله أجرة مثله بعد اليمين لا المسمى ان زاد لانه لا يثبت بقوله ﴾ قد تقدم الكلام في ذلك في صدر المسئلة ﴿ قوله ﴾ ﴿ ولو غصبت العين فاقر المؤجر بالملكية له قبل في حقه دون المستأجر والمستأجر مخاصمة الغاصب لاجل حقه في المنفعة ﴾ مراده في المسئلة الاولى انه بعد ان عقد على العين عقد الاجارة غصبها غاصب من يد أحدهما فاقر المؤجر بانها ملك الغاصب وانه كان غاصبا أو مستعيرا أومستودعا أو مرتهنا فان اقراره ينفذ في رقبتها فيحكم بها للمقر له دون منفعتها فانها قد ملكها المستأجر فلا ينفذ اقراره في حق الغير كما هو واضح وبه صرح في التحرير وجامع المقاصد وفي الاخير أنه المذهب عندنا وللشافعية في نفوذ الاقرار قولان (أحدهما) العدم لمنافاته لحق السابق (والثاني) النفوذ لانه مالك غير متهم بخلاف البائع فان اقراره انما هو على المشتري واختلفوا في انه هل يبطل حق المستأجر من المنفعة على أوجه ضعفها أظهر من ان يحتاج الى بيان كما في جامع المقاصد (وأما المسئلة الثانية) فقد قال في جامع المقاصد انها مسئلة على حدة وليست من تتمة المسئلة الاولى وان كانت العبارة توهم ذلك (قلت) عبارة التحرير صريحة في ذلك قال ولو أقر المالك بالرقبة ثبت في حقه ولم يثبت في حق المستأجر بل كان له مخاصمة الغاصب ثم ذكر هذه في التذكرة وحدها (وكيف كان) فان كانت من تتمة الاولى كان الغرض بيان انه لا يجب على المستأجر رفع يده عن العين لان صارت ملكا للمقر له بل له أن يخاصمه ويرافعه الى الحاكم ويقول له اقراره انما ينفذ في الرقبة لا في المنفعة وان كانت مسئلة على حدة يكون قد ترك التعرض لمخاصمة المالك لظهوره وتعرض لمخاصمة المستأجر لان فيه خفاء في الجملة فبين ان له ذلك لانه يستحق المنفعة فله مخاصمته ومطالبته ليستوفيها ولان بعض الشافعية قال انه ليس له ذلك لانه ليس بمالك ولا نائب عنه فشبه المستودع والمستعير وهو غلط كما في التذكرة لان المستأجر يستحق على وجه الملكية حقا وقعت عليه المعاوضة في تلك العين بل يشبه ما اذا ادعى ملكا وقال اشتريته من فلان وكان ملكا له الى ان اشتريته فانه تسمع بينته لتوسلها الى اثبات الملك لنفسه فليكن الحكم في المنفعة كذلك ومثله المرتهن في الرهن وغريم المفلس والميت في العين المغصوبة والدين عند المنكر وكذا غريم المماطل والنائب اذا طالب بعين أو دين للمديون كما في جامع المقاصد لانهم مستحقون لذلك

---

(٢) هذه العبارة من قوله ليس باولى الى هنا هكذا وجدناها في نسختين ولا يبعد وقوع خلل فيها فلتراجع (مصححه)

ولو اختلفا في المبطل للعقد فالقول قول مدعي الصحة ولو قال أجرتك كل شهر بدرهم من غير تعيين

فجازت المطالبة بهذا الاستحقاق ﴿ قوله ﴾ ﴿ ولو اختلفا في المبطل للعقد فالقول قول مدعي الصحة ﴾ (قال في جامع المقاصد) لاشك انه اذا حصل الاتفاق على حصول جميع الامور المعتبرة في العقد من حصول الايجاب والقبول من المكلفين وجريانهما على العوضين المعتبرين ووقع الاختلاف في شرط مفسد مثلا فالقول قول مدعي الصحة بيمينه لان الاصل عدم ذلك المفسد والاصل في فعل المسلم الصحة واما أصل بقاء الملك على مال مالكه فمقطوع بالاتفاق على صدور العقد على الوجه المعتبر وقال اما اذا حصل الاختلاف في حصول بعض الامور المعتبرة وعدمه فان هذا الاستدلال لايتمشى هنا لان الاصل عدم السبب الناقل ومن ذلك لو ادعى اني اشتريت عبداً فقال بل بعتك حراً وقال في موضع آخر مثل ذلك قال ان قولهم الاصل في العقود الصحة انما يتمسك به بعد استكمال اركانها فلو اختلفا في كون المعقود عليه الحر أو العبد حلف منكر وقوع العقد على العبد وقد خالف ذلك في موضعين من باب البيع وموضع من باب الرهن فقال فيما لوقال بعتك وأنا صبي انه يقدم مدعي الصحة يعني المشتري وقال ان تقديم قول البائع في غاية الضعف وقال فيما اذا قال بعتك بعبد فقال بل بحر انه يقدم قول مدعي الصحة وقد حكينا ذلك هناك عن عشرة كتب منها المبسوط (وقال في الكفاية) انه المعروف بين الاصحاب مستندين الى ان الاصل في عقود المسلمين وافعالهم الصحة وان الاصل عدم العقد الفاسد لانه مهما أمكن حمل فعل المسلم على الصحة يجب الحمل عليه والمفروض انهما تصادقا على ذلك ولا كذلك لوقال أحدهما بعتك بكتاب فقال بعتني بدار فان كليهما يمكن حملهما على الصحة فلا بد من التحالف ويرد على المحقق ان الاختلاف في الشرط المفسد يرجع الى الاختلاف في الثمن وهو أحد أركان العقد وقد طفحت عباراتهم بذلك في أبواب الفقه مطلقين غير مفصلين بهذا التفصيل الا بعضهم في باب الضمان ولا بالتفصيل الذي يأتي بعد هذه وهو ما اذا اشتملت دعوى مدعي الصحة على زيادة كأن يقول له بعتك الدار بثمن معين وشرطت عليك شرطا غير معلوم فيقول بل بعتنيها والحمام بالف معينة لكن هذا التفصيل قد لاينكره المطلقون لانه موافق للقواعد ويأتي لولده والشهيد التأمل فيه وعدم الجزم به في آخر مسئلة من الباب وقد نسب هذا الاطلاق في الايضاح الى الاصحاب في باب البيع والباب وحكى لايضاح على تقديم مدعي الصحة فيما اذا قال أجرتكها كل شهر بدينار فقال المستأجر أجرتني شهراً واحداً بدينار وهذا يبطل تفصيل المحقق الثاني بالكلية لانه لم تسلم في المثال أركان العقد ويأتي للمصنف وولده والشهيد عدم الالتفات اليه في آخر مسئلة من الباب وظاهر الايضاح أيضا في موضع آخر الاجماع على تقديم مدعي الصحة ثم انه يقال للمحقق الثاني ان أردت باستكمال الاركان استكمالها من حيث انها أركان من دون نظر الى شرائطها فهو خلاف ماصرح به في أمثلته فيما مر ويأتي وان أراد استكمالها مع ملاحظة شرائطها فلا مصداق للمراد لان جهالة الشرط تقتضي جهالة الثمن او المثمن فلم تسلم أركان العقد والحاصل ان كلامه خال من التحصيل فصار محل الوفاق عند الجميع مالو قال أحد الكاملين بعتك الدار بمائة دينار وشرطت عليك شرطا فاسداً وقال الآخر بعتنيها بمائة دينار من دون شرط فانه يقدم مدعي الصحة بلاخلاف من أحد وأما اذا قال له أجرتك كل شهر بدرهم فقال بل أجرتني سنة تامة بدينار ففيه خلاف لان مدعي الصحة ادعي زيادة كما ستسمع ﴿ قوله ﴾ ﴿ ولو قال أجرتك كل شهر بدرهم

فقال بل سنة بدينار ففي تقديم قول المستأجر نظر فان قدمنا قول المالك فالاقوى صحة العقد في الشهر الاول (متن)

من غير تعيين فقال بل سنة بدينار ففي تقديم قول المستأجر نظر﴾ في الايضاح ان تقديم قول المؤجر أولى وفي (الحواشي) انه أقوى وفي (جامع المقاصد) انه أوجه لان المستأجر وان كان مدعيا للصحة الا أنه مع ذلك مدع أمرا زائدا وهو استئجار سنة بدينار والمالك ينكره فلا يقدم قوله فيه لان الاصل عدمه مضافا الى ما سمعته عن جامع المقاصد ان ثم من ان الامور المعتبرة في العقد لم يقع الا تفاق عليها فلم تتحقق سببيته وتقديم مدعي الصحة فرع ذلك كما تقدم بيانه ووجه تقديم قول المستأجر انه مدع الصحة وهي موافقة للاصل فيكون هو المنكر وقضية اطلاق الاصحاب في غيره من الابواب تقديم قوله وهو الموافق للقواعد أيضا كما تقدم ويمنع كونه مدعيا أمرا زائدا اذا فرضنا ان صرف الدينار اثنا عشر درهما أو أكثر وستسمع ما يأتي لفخر الاسلام والشهيد من التأمل في اشتراط عدم الزيادة للتمسك بأصل الصحة وان قلنا كما في الايضاح ان المفروض في المسألة ان الشهر الاول معين وانه بدرهم قدمنا قول المؤجر فيه وحكمنا أصل عدم الزيادة فيما عداه كما يأتي للمصنف و يأتي التأمل فيه (قال في الايضاح) محل البحث انما هو فيما اذا اتفقا على وقوع عقد وعلى تناوله شيئا معلوما ولو ضمنا من زمان أو غيره وصرح ان الشهر الاول معين لكن كلام الكتاب مطلق وقد وقع مثل ذلك له ولولده والشهيد حيث فهموا من قول الشيخين انه لو أجره كل شهر بدرهم كان عليه أجرة شهر منذ قبض وعليه فيما بعده أجرة المثل انهما أرادا انه قال له أجرتك هذا الشهر بدرهم وما بعده على هذا الحساب وحملوا كلامهما المصدر بكل على تعيين الشهر الاول لانه المتصل بالعقد أو لغير ذلك كما تقدم بيانه مسبقا لكنه في جامع المقاصد لم يوافق الايضاح على ان محل البحث ذلك على الظاهر منه ﴿ قوله ﴾ ﴿ فان قدمنا قول المالك فالاقوى صحة العقد في الشهر الاول ﴾ كما وفي الايضاح انه أصح وفي (جامع المقاصد) انه ضعيف جدا ولا ترجيح في الحواشي (قال في الايضاح) هذا اذا كان قسط الشهر درهما (قلت) واذا كان صرف الدينار اثني عشر درهما وجعل وجه القوة اتفاقهما على وقوع الاجارة في الشهر الاول بدرهم لكن أحدهما يدعي وقوعه على وجه مبطل والآخر يدعي وقوعه على وجه يصح فكان القول قول الآخر ونفي الزيادة التي يدعيها لا يقتضي البطلان فيه أي فكان المتنفي موجودا والمانع مفقودا ولعله أراد بوقوعه على المبطل ان اقترن بما ذكر معه فهو اما جزء من العقد أو شرط فيه وكلاهما اذا كان مجهولا يفسده (وقال في الايضاح) ويحتمل ضعيفا البطلان لانه مقتضى قول المالك وقد قدمناه كما تقدم وقد عرفت أنه فرض المسألة فيما اذا اتفقا على وقوع العقد وعلى تناوله شيئا معينا وقد يظهر منه كما هو ظاهر العبارة أنه يحكم بصحة العقد في الشهر الاول من دون يمين المستأجر وليس كذلك (قال في جامع المقاصد) أنه معلوم البطلان لان الحكم بصحة العقد في الشهر الاول بناء على تقديم قول المالك بمجرده من دون يمين المستأجر معلوم البطلان فيتعين ان يكون مقصوده من العبارة ان الاقوى تقديم قول المستأجر في صحة العقد في الشهر الاول فيصير معنى العبارة انا اذا قدمنا قول المالك في فساد العقد فانما نقدمه فيما ادعى المستأجر الصحة مع أمر زائد على مجرد الصحة لانه اذا كان الاختلاف في مجرد الصحة والقول قول مدعيها بيمينه قطعا ودعوى المستأجر قد اشتملت على أمرين الصحة والامر الآخر الزائد فاذا حلف

وكذا الاشكال في تقديم قول المستأجر لو ادعى اجرة مدة معلومة او عوضا معينا وانكر المالك التعيين فيهما والاقوى التقديم فيما لم يتضمن دعوى (متن)

المالك وجب انتفاء ذلك بيمينه الا القدر الذي انفضت دعواهما على تعيين أجرته وتعيينه كشهر بدرهم اذا كان صرف الدينار اثني عشر فان الاختلاف ليس الا في نفس صحة صيغة العقد الجاري عليه وفساده اذ لم يتضمن زيادة فيقدم قول المستأجر فيه بناء على تقديم قول مدعي الصحة اذا لم يدع أمرا زائدا فيحلف المالك بالنسبة الى المجموع ويحلف المستأجر بالنسبة الى البعض أي ذلك الشهر فتثبت الاجارة فيه وضعفه في جامع المقاصد بأن المتنازع فيه عقد واحد فاذا حكم فساده بيمين المالك على عدم التعيين فيه المدة انتفى فتنتفي الامور التي تضمنها وهي اجارة الشهر وما جرى هذا المجرى لامتناع ان يحكم بفساد المطابقي ولا يفسد الضمني انتهى (وقد يقال) انه اذا فرض ان الشهر الاول معين وانه في تقديره انه قال أجرتك هذا الشهر الذي هو الاول بدرهم وكل شهر بعده على هذا الحساب فقد اتفقت دعواهما على حصول العقد على الشهر الاول وانه بدرهم لان كان صرف الدينار اثني عشر درهما والاختلاف انما هو في مجرد صيغة العقد الجاري فلا مانع من ان نحكم بصحة العقد فيه بحلف المالك على عدم التعيين فيه المدة من دون حاجة ليمين المستأجر كما هو ظاهر المصنف وولده كما تقدم وليس كذلك لان المفروض ان المالك ادعى اقترانه بشرط مبطل فلا بد في انتفائه من يمين المستأجر (وقال في جامع المقاصد) نبحث في العبارة عن أمور (الاول) ذكر الشهر الاول بخصوصه ووجه تخصيصه بالذكر ان دعوى المالك تقتضي تعيين شهر وعدم تعيين ماسواه ويشكل بان كلا يقتضي التعدد وأقل مراتبه مرتان (قلت) لم يتضح لنا المراد من هذا الكلام فان أراد أن كلا تقتضي التعدد فلا دليل على هذا التعيين فقد عرفت أنه جاء من الاتصال بالعقد أو من الفرض ولا يستحق ذكر المرتين هنا وقال (الثاني) أن تقييده بقوله هنا فائدته تخصيص هذا العقد بالصحة في الشهر الاول اذ احلف المستأجر بناء على تقديم قوله بخلاف ما اذا اتفقا على وقوع الاجارة كل شهر بدرهم فانه لا تلزم الصحة في الشهر الاول والفرق أنهما هناك قد اتفقا على تضمن العقد المفسد واختلفا هنا في الصحة والفساد وقد كان تقديم قول مدعي الصحة هو الجاري على القوانين لكن تخلف هنا لدعواه أمرا زائدا وفي الشهر الواحد انتفى المانع فاجري على الاصل هذا ما فهمناه من كلامه لان النسخة لا تخلو عن غلط وقد تقدم ان الناس فيما اذا قال أجرتك الدار كل شهر بدرهم على أقوال فبعض على الصحة مطلقا لان الاصل الجواز وآخرون على البطلان مطلقا وآخرون على الصحة اذا عين المبدء وآخرون على الصحة في الشهر الاول وان لم يعين المبدء لانه ينزل على الاتصال فيصح فيه واما مازاد ففيه أجرة المثل فلعل المراد بالتقييد بهنا ان المانع انما منع من الصحة في مثل مطلقا لمكان الجهالة والشهر الاول هنا لا جهالة فيه ولاتفاقهما على تعينه بحسب الفرض او بحسب الاتصال أو لانا جرينا فيه على القوانين من تقديم قول مدعي الصحة كما قال في جامع المقاصد وقوله لاتلزم الصحة في الشهر الاول يريد به المصنف وموافقيه والا فجماعة قائلون بلزومها فيه كما عرفت والامر في هذا سهل

﴿ قوله ﴾ ﴿ وكذا الاشكال في تقديم قول المستأجر لو ادعى أجرة معلومة أو عوضا معينا وانكر المالك التعيين فيهما والاقوى التقديم فيما لم يتضمن دعوى ﴾ يريد أنه لو ادعى المستأجر للدار أجرة

﴿ المقصد الثاني في المزارعة ﴾ وفيه فصلان (الاول) في اركانها وهي أربعة (الاول) العقد المزارعة مفاعلة من الزرع (متن)

معلومة كدينار مثلا أو عوضا معينا كثوب معين وانكر المالك ذلك أي التعيين فى الاجرة أو العوض بحيث لزم الغرر والجهالة فنشأ الاشكال كما في الحواشي من انه يدعي استحقاق منفعة فى ملك غيره والمالك منكر ومن اتفاقهما على وقوع عقد الاجارة واختلافهما في الصحة فيقدم مدعيها ووجه ما قواه المصنف في الايضاح انه مع تضمن دعواه الزيادة تكون على خلاف الاصل ويكون الاصل عدمها ويكون الآخر منكراً فيلزم من تقديم قول المستأجر تقديم المرجوح وهو خلاف الاصل على الراجح وهو باطل قال ويحتمل التقديم مطلقا لعموم الاصل المتقدم وهو تقديم مدعي الصحة ومعنى العبارة أنه يقدم قول المستأجر بيمينه حيث لا تتضمن دعواه على المؤجر أمرآخر غير الصحة فلوكان الدينار في المثال أنقص من أجرة المثل كانت دعواه مشتملة على زيادة وهو انه استأجر مايساوي دينار بن بدينار فيقدم قول المؤجر ولوكان بقدر أجرة المثل أوأزيد منها كان الاختلاف انما هو في الصحة والفساد فيقدم قول المستأجر والظاهر انه لاحاجة الى ذكر العوض المعين في العبارة وقد أورد عليه في جامع المقاصد امرين (الاول) ان الاختلاف الذي لا يترتب عليه فائدة أصلا ولا يكون فيه الا تحمل تجرع مرارة اليمين وامتهان اسم الله العظيم الذى لا يحلف به لغير مصلحة لايكاد يقع ممن يعقل ومع الفائدة فالمحذور قائم (قلت) الفائدة صحة العقد وعدمها ولا محذور اذ ليس هناك زيادة نعم ان كان ذلك بعد استيفاء المنفعة ربما اتجه ماذكره ثم انه أراد ضرب قاعدة واعطاء قانون ولم يخصه بالمثال ثم قال (الثاني) ان تقديم قول مدعي الصحة على ما بيناه حيث يتفقان على حصول أركان العقد ويختلفان في وقوع المفسد فان التمسك لنفيه بالاصل هو المحقق لكون مدعي الصحة منكرا ماذا اختلفا في شيء من أركان العقد فانه لاوجه للتقديم حينئذ فلا يقدم مدعي الصحة هنا على حال من الاحوال لان الاختلاف وقع في ركن العقد وهو تعيين الاجرة (قلت) قد عرفت ان المعروف عند الاصحاب وعنده في موضعين خلاف ماادعاه على ان المصنف هنا وولده والشهيد لم يلتفتوا في المسئلة الى ذلك كما ان ولده والشهيد لم يجزما في المسئلة بما قواه المصنف من التفصيل كما اشرنا الى ذلك آنفاً (وقد تم كتاب الاجارة) والحمد لله كما هو أهله والصلاة والسلام على خير خلقه محمد وآله الطاهرين المعصومين ورضي الله تعالى عن علمائنا ومشائخنا اجمعين وعن رواتنا الصالحين ويتلوه بلطف الله وتوفيقه وعونه كتاب المزارعة ان شاء الله تعالى

بسم الله الرحمن الرحيم وبه نستعين

الحمد لله كما هو أهله والصلوة والسلام على خير خلقه أجمعين محمد وآله المعصومين الطاهرين ورضي الله تعالى عن مشائخنا وعلمائنا اجمعين وعن رواتنا الصالحين (وبعد) فهذا ما برز من كتاب مفتاح الكرامة على قواعد العلامة سهل الله سبحانه اتمامه تصنيف العبد الاقل الاذل محمد الجواد الحسني الحسيني العاملي عامله الله تعالى بلطفه وعفوه وكرمه في الدنيا والآخرة

المقصد الثاني في المزارعة

﴿ وفيه فصلان الاول في اركانها وهي اربعة الاول العقد المزارعة مفاعلة من الزرع ﴾ قال في جامع المقاصد لاشك أن المزارعة فى أصل اللغة مفاعلة من الزرع وهذا المعنى يتحقق في المعنى الشرعي لان المعاملة

وهي معاملة على الارض بالزراعة بحصة من نمائها (متن)

المذكورة يقارنها الزرع من المتعاملين وان كان بمباشرة احدهما لان الآخر بامره اياه زارع (قلت) يريد ان الشأن في ذلك كالشأن في المضاربة لانه لما كان العمل من أحدهما مع طلب الآخر صار كأنه زارع وضارب وقد تقدم لنا في أول باب الرهن وباب الاجارة ان مرادهم بقولهم وشرعا كذا وفي الشرع كذا بيان حقيقة المتشرعة واصطلاح الفقهاء وان المراد بالشرعي الموقوف على الشرع في الجملة في مقابلة اللغوي فلا يقدح في حده اشتماله على شيء من المفهومات اللغوية نعم يقدح فيه عدم اشتماله على شيء من المعاني الشرعية وان غرضهم تمييز بعضها عن بعض ليحمل كلامهم عند الاطلاق على ذلك وربما احتجوا في التمييز الى شرط واحد أو الى أكثر لمكان كثرة الاشتراك في الصفات وقلنا ان البيع يشارك الاجارة والهبة والصلح ﴿قوله﴾ (وهو معاملة على الارض بالزراعة بحصة من نمائها) قد طفحت بذلك عباراتهم فقد عرفت بذلك في المبسوط والوسيلة والشرائع والنافع والتذكرة والتحرير واللمعة والتنقيح وجامع المقاصد والكفاية والمفاتيح وكذا السرائر والارشاد والمهذب البارع والروض(١) وزاد في اللمعة الى أجل معلوم وقد ترك التقييد بالزراعة في المبسوط وأكثر ما ذكر معه وفي (التنقيح) ينبغي ذكر معلومية الحصة واشاعتها وتعيين المدة وعرفت في المهذب وفقه الراوندي باستئجار الارض ببعض ما يخرج منها وكأنهما يذهبان الى انه نوع خاص من الاجارة لكن الظاهر بملاحظة كلامهما بعد ذلك ان ذلك اصطلاح أو مسامحة في العبارة والمعروف من الاخبار والاصحاب انه عقد آخر مستقل برأسه بين المتعاملين على أن تكون من أحدهما الارض ومن الآخر البذر والعمل والعوامل لانه الاصل في المزارعة وقيد الاجل في اللمعة يفيد توضيح لواقع أو تخصيص التعريف بالمزارعة الصحيحة أو يكون استطرد ذكر بعض الشرائط التي يحصل لها الكشف عن الماهية وان لم يكن ذكرها من وظائف التعريف والا فالمزارعة من حيث هي مستغنية عن قيد الاجل اذ ليست في الشريعة معاملة على الارض بحصة من حاصلها بدون اعتبار الاجل ومنه يعلم حال ما في التنقيح فان ما ذكره شروط في الصحة وليست داخلة في الماهية اذ قد عرفت انهم انما يذكرون بعض الشرائط حيث يحتاجون اليها في التمييز وخرج بقولهم بحصة من حاصلها اجارة الارض للزراعة اذ لا تصح بحصة من حاصلها وخرج بالمعاملة على الارض في كلام الاكثر حيث تركوا التقييد بالزراعة المساقاة فانها واقعة على الاصول هذا بحسب الاصطلاح والا فقد اطلقت في الاخبار على ما يشمل المساقاة وربما اطلقت على ما يشملها واجارة الارض كما ستسمع وهل تجري فيها المعاطاة الظاهر ذلك وهو الذي في أيدي الناس في هذه الازمان فلا يحتاج الى توقيت المدة والمخابرة والمزارعة اسمان لعقد واحد كما في المبسوط والمهذب وفقه الراوندي والوسيلة والغنية والسرائر والتحرير وغيرها اما مأخوذة من الخبير وهو الاكار ومن الخبار بكسر الخاء وهي الارض اللينة أو من معاملة النبي صلى الله عليه وآله أهل خيبر وهي مشروعة وجائزة عندنا كما في المبسوط والسرائر وبلا خلاف من الامامية كما فيه أيضا والخلاف وفقه الراوندي والغنية والتذكرة والمهذب البارع والتنقيح ومجمع البرهان والمسالك وعليه أكثر علماء الاسلام كما في الاخير والتذكرة ومنع منها الشافعي وابو حنيفة الا في مواضع مخصوصة وهي الارض بين النخل اذا كان بياض الارض أقل لرواية رافع بن خديج وقد قال زيد بن ثابت في رده أنا والله

---

(١) كذا في النسخة وقد عرفت الحال في بعض الحواشي السابقة (مصححه)

ولابد فيها من ايجاب كقوله زارعتك أو عاملتك أو ازرع هذه الارض على اشكال (متن)

أعلم بالحديث منه وقال احمد انه ألوان تارة وضروب أخرى وأخبارنابهامتضافرة كما ستسمع في مطاوي الباب ﴿ قوله ﴾ ﴿ ولا بد فيها من ايجاب كقوله زارعتك أوعاملتك ﴾ أو سلمتها اليك أو قبلتها وبالجملة كل لفظ يدل على تسليم الارض للزراعة كما في التذكرة ونحوه قوله في الشرائع أو سلمتها اليك وما يجرى مجراه وما في الكتاب والارشاد واللمعة وجامع المقاصد والمسالك وشبهه وما أشبهه وهو الظاهر من كل من قال انها عقد أو معاملة ولم يبين ايجابه وفي (مجمع البرهان) الظاهر انه لاخلاف في الجواز بكل لفظ يدل على المطلوب مع كونه ماضيا وهو كذلك لكن قد يظهر من التحرير قصر الايجاب على زارعتك وسلمتك وازرع ولعله ليس مراد ﴿ قوله ﴾ ﴿أوازرع هذه الارض على اشكال﴾ الجواز بلفظ الامر خيرة الشرائع والتذكرة والتحرير والارشاد ومجمع البرهان والكفاية وفي (الروضة) انه المشهور وفي (الرياض) انه مذهب الاكثر وقد عرفت ان المصرح بذلك قبل الشهيد الثاني اثنان لاثالث لهما فيما أجد ومن الغريب ان المصنف جزم بالجواز والاكتفاء بذلك في المساقاة وظاهر الشرائع والتحرير والارشاد عدم الاكتفاء به هناك كما يأتي وعدم الجواز والصحة خيرة الايضاح واللمعة في ظاهرها أو صريحها وجامع المقاصد وتعليق الارشاد والروض (١) والمسالك والروضة والرياض (حجة الاولين) مارواه ثقة الاسلام والشيخ في الصحيح عن النظر بن سويد عن عبد الله بن سنان انه قال في الرجل يزارع فيزرع أرض غيره فيقول ثلث للبقر وثلث للبذر وثلث للارض قال لايسم شيئا من الحب والبقر ولكن يقول ازرع كذا وكذا ان شئت نصفا وان شئت ثلثا ومثله في الاتيان بصيغة المضارع مارواه الشيخ في الصحيح الى خالد بن جرير عن ابي الربيع الشامي عن أبي عبدالله عليه السلام ولكن تقول لصاحب الارض ازرع في أرضك ولك منها كذا وكذا نصف أوثلث وقد رواه الصدوق في الفقيه معلقا عن أبي الربيع وفي (المقنع) مرسلا عن الصادق عليه السلام وفي (جامع المقاصد والمسالك) ان النظر بن سويد روى ذلك عن أبي عبد الله عليه السلام وليس كذلك وانما الموجود في الوافي والوسائل والايضاح ومجمع البرهان روايته عن عبد الله بن سنان الحديث المتقدم مضمرا نعم في مجمع البرهان انه تتبع الكافي والتهذيب فما وجد رواية النظر عن عبدالله بن سنان (وقال في الايضاح) في توجيه الاستدلال بهذه الاخبار اذا جاز القبول بهذه الصيغة فجوز الايجاب بالامر اولى (قلت) في الاولوية نظر على انه لادلالة فيها على ان هذا هو العقد مع انه لاتصريح فيه بالقبول فيمكن أن يكون هذا من جملة القول الذي يكون بين المتعاقدين ليتقرر الامر بينهما ثم قال في تعليق الارشاد ان بالجواز رواية لكنا لم نجدها ولعله أراد صحيحة يعقوب بن شعيب عن أبي عبد الله عليه السلام قال سألته عن الرجل يعطي الرجل أرضه فيها الرمان والنخل والفاكهة فيقول اسق من هذا الماء وأعمره ولك نصف ماخرج قال لابأس ومثله سؤاله لآخر في هذا الخبر ويتم الاستدلال به بعدم القول بالفصل وفيه مثل ماسبق من انه لاتصريح فيها بالايجاب فيمكن أن يكون من جملة أقوال المتعاقدين لكنه ظاهره في التعليق انها صريحة الدلالة أو ظاهرتها فيجب عليه ان كان أرادها القول بالجواز لمكان صحة الخبر

(١) كذا في النسخة وقد عرفت في الحواشي السابقة انه يحتمل ارادة روض أبي الفتوح الرازي ويؤيده تكرر ذكر الروض هنا وفي الاجارة وغيرها ويبعد السهو في جميع ذلك (مصححه)

أو سلمتها اليك للزرع وشبهه مدة كذا بحصة معلومة من حاصلها ومن قبول وهو كل لفظ أو فعل دل على الرضا وهو عقد لازم من الطرفين لا يبطل بالتقايل لا بموت أحدهما (متن)

وعمل الجماعة به فلم يكن مرفوضا (وحجة القول الآخر) ان الشارع لم يضع للانشاء الا صيغة الماضي فلا يخرج بهذا العقد اللازم عن نظائره بما هو قاصر الدلالة مع اشتماله على الغرر والجهالة فيقتصر فيه على موضع اليقين وصحة ايجاب الرهن بهذا وثيقه للاجماع وهو هنا مفقود كما عرفت ﴿ قوله ﴾ ﴿ أو سلمتها اليك للزرع بحصة معلومة من حاصلها ﴾ قد تقدم الكلام في ذلك ﴿ قوله ﴾ ﴿ ومن قبول وهو كل لفظ أو فعل دل على الرضا ﴾ صحة القبول بالفعل ولزوم العقد به خيرة تعليق الارشاد ومجمع البرهان والكفاية لحصول الدلالة به على الرضا واختير في التذكرة والارشاد واللمعة وجامع المقاصد والمسالك والروضة والرياض أنه لابد من القبول اللفظي ولا يكفي الفعلي لأنه لم يثبت كونه سببا ملزما عند الشارع لان العقود اللازمة لا تسامح فيها بمثل ذلك ولم يذكر القبول في الشرائع والتحرير ولعل ظاهرهما الاكتفاء بالفعلي كالقولي (وليعلم) ان المصنف في الكتاب في المساقاة ظاهره أو صريحه انه لابد من القبول اللفظي ويظهر من اللمعة هناك الاكتفاء بالفعلى وهو ظاهر الارشاد حيث تركه بالكلية وقد قال في التحرير هناك انه لابد من القبول كما ستسمع ذلك في باب المساقاة وقد تقدم لنا في باب الوديعة ان القبول الفعلي ليس بقبول وان العقود عبارة عن الصيغة من الطرفين وان تسمية ما اشتمل على القبول الفعلي عقدا مسامحة وانما هو معاطاة لانه اذا جاز التصرف بهذا القبول الفعلي لم يكن عقداً لان ثمرة العقد جواز التصرف بعده لا به ولا قبله الى غير ذلك من الوجوه التي ذكرناها هناك فتبين انه لابد هنا في لزوم العقد من اللفظ ﴿ قوله ﴾ ﴿ وهو عقد لازم من الطرفين ﴾ اجماعا كما في جامع المقاصد والمسالك ومجمع البرهان وفي (الكفاية) انه المعروف من مذهب الاصحاب وكأنه اجماع لان الاصل في العقود اللزوم الا ما أخرجه الدليل للامر بالوفاء بالعقود وفي قوله تعالى أوفوا بالعقود ولقوله صلى الله عليه وآله وسلم المؤمنون عند شروطهم ﴿ قوله ﴾ ﴿ لا يبطل الا بالتقايل لا بموت أحدهما ﴾ قد وقعت هذه العبارة في التذكرة والتحرير والارشاد وكذا الشرائع والتبصرة وفي (النافع) وغيره أنهما لو تقايلا صح من دون حصر وفي (المفاتيح) لا تبطل الا بالتقايل وانقطاع الماء أو فساد الارض وقد وجه الحصر في عبارة الكتاب صاحب جامع المقاصد بأنه في مقابلة قوله لا بموت أحدهما قال فلم يرد أنها تبطل بغير ذلك كانقطاع الماء وفساد منفعة الانبات في الارض (وقال في المسالك) في توجيه أي الحصر في عبارة الشرائع أن المراد من البطلان في قوله لا تبطل الا بالتقايل البطلان المستند الى اختيار المتعاقدين لان ذلك هو المفهوم عند اطلاق العقد اللازم والجائز بقرينة التقايل فانه أمر اختياري وينبه عليه عدم بطلانه بالموت بجعله جملة مستقلة حيث قال ولا تبطل بموت أحد المتعاقدين (وكيف كان) فالظاهر انه لا خلاف في البطلان بالتقايل كما في الرياض وفي (مجمع البرهان والكفاية) كأنه اجماعي (قلت) وأدلة استحباب الاقالة تشمله بعمومها وأما عدم بطلانها بموت أحدهما فقد قال في جامع المقاصد انا لا نعرف خلافا في ان المزارعة لا تبطل بموت أحد المتعاقدين وفي (الكفاية) أنها لا تبطل به عندهم مؤذنا بدعوى الاجماع أيضا ولعل دليله الاصل والاستصحاب وان ذلك مقتضى اللزوم وقد جزم المصنف هنا وفي المساقات بأنهما لا تبطلان بالموت في الكتاب والتذكرة والتحرير والارشاد وبعدم

ولا بد في العقد من صدوره عن مكلف جائز التصرف ولو تضمن العقد شرطا سائغا لا يقتضي الجهالة لزم (متن)

البطلان هنا جزم الشهيدان في اللمعة والروض (١) والروضة والمقدس الاردبيلي وظاهر ايضاح النافع وجامع المقاصد الاجماع على انها لا تبطل بالموت في المساقاة حيث قال في الاول عليه الفتوى وفي الثاني لا نعرف فيه خلافا وبالحكم المذكور في المساقاة جزم ايضا في مجمع البرهان والروض وجزم المحقق في كتابيه هنا بعدم البطلان بالموت وقال في باب المساقات فيهما انه أشبه وفي (الكفاية) انه المشهور ولعل ذلك لمكان قول الشيخ في المبسوط في المساقاة أنها تبطل بالموت عندنا كالاجارة .قد قال في الرياض ان قول الشيخ شاذ وقال ان القول بعدم البطلان أشهر وكأنهما لا يجتمعان فتدبر وقد أحال الحال في المساقات كاشف الرموز وابو العباس في كتابيه والفاضل المقداد على الاجارة وقد استوفينا الكلام فيها اكمل استيفاء ويأتي في باب المساقاة ماله نفع في المقام (وكيف كان) فاذا مات المالك أتم العامل وان مات العامل قام وارثه مقامه ان شاء والا استأجر الحاكم من ماله أو على ما يخرج من حصته من يقوم به الا اذا اشترط على العامل ان يعمل بنفسه ومات قبل الظهور فتبطل بموته ولا كذلك ما اذا مات بعده لسبق ملكه وربما قيل بالبطلان بموته في هذه الصورة مطلقا ولو بعد ظهور الثمرة ويشكل بأنه قد ملك الحصة بظهورها الا أن يقال بان ملكها متزلزل فلا يستقر الا بتمام العمل فلومات قبله انتفى ملكه لها على نحو ماقيل في المضاربة فليتأمل وليلحظ كلام جامع المقاصد في ذلك فان فيه اجمالا وتمام الكلام يأتي بلطف الله وبركة آل الله صلى الله عليهم عند تعرض المصنف له في الركن الثالث من أركان المساقات ﴿ قوله ﴾ (ولا بد في العقد من صدوره من مكلف جائز التصرف) هذا مما لا ريب فيه عندنا في كل العقود فلا يصح عقد الصبي والمجنون والسفيه والمحجور عليه بالفلس وقد تقدم الكلام في ان عبارة الصبي ملغاة وان كان مميزاً ﴿ قوله ﴾ (ولو تضمن العقد شرطا سائغا لا يقتضي الجهالة لزم) الشرط السائغ هو الذي لا يمنع منه الكتاب والسنة وهذا على قسمين قسم يقتضي جهالة نصيب كل واحد منهما مثل أن يشترط أحدهما مجهولا واشتراط قفيزات معلومة من الحاصل فهذه جهالة زائدة على القدر الذي امتاز به عقد المزارعة وهل يخرج بهذا الشرط ماينافي مقصود المزارعة لأنه غير سائغ بالنسبة الى هذا العقد احتمالان ذكرهما في جامع المقاصد والظاهر ان ذلك يقع على نحوين فانه تارة يراد بالسائغ مالا ينافي مقتضى العقد وأخرى مالا ينافي المشروع والاول يحتاج الى قيد عدم الجهالة وهو الغالب في كلامهم لان الضابط في غير السائغ بالنسبة الى العقود ما نافى مقتضاها والضابط فيما نافى مقتضاها ماوضحت منافاته للأثر الذي جعل الشارع العقد مقتضيا له وقسم لا يقتضي ذلك كعمل رب الارض أو غلامه أو عمل العامل في شيء آخر وقد أشير الى ذلك في المبسوط وغيره ببيان مايصح منها وما يفسد بل قد قسم في التحرير الشروط على نحو ما قلناه وقد جزم في جامع المقاصد هنا بان المراد بالسائغ الجائز وقال في مساقاة الكتاب ان أراد بالسائغ مطلق الجائز شرعا لم يحتج الى التقييد بقوله لم يتضمن جهالة لان التضمن للجهالة غير جائز وان أراد به غير المحرم في نفسه فعليه ان يقيد بعدم منافاته لمقتضى العقد فانه جائز بالنظر الى نفسه لا الى العقد انتهى

---

(١) كذا وجدنا وقد عرفت الحال (مصححه)

ولو عقد بلفظ الاجارة لم تنعقد وان قصد الاجارة والزراعة نعم يجوز اجارة الارض بكل ما يصلح أن يكون عوضا في الاجارة وان كان طعاما اذا لم يشترط أنه مما يخرج من الارض (متن)

(وحاصله) انه لابد ان يراد بالجائز أما الجائز بالنسبة الى هذا العقد أو الجائز في نفسه مع قطع النظر عن العقد (ونحن نقول) ليس المراد به الثاني ولا الاول مطلقا بل المراد بالسائغ ما لا ينافي مقتضى العقد كما تقدم أعني الأمر الذي جعل الشارع العقد مقتضيا له وهو استحقاق الحصة مثلا ونحو ذلك وما اقتضى الجهالة لا ينافي مقتضى العقد بهذا المعنى فلابد من ذكره فليلحظ جيدا وقد اعترض بمثل ذلك على مثل ذلك في باب البيع مع انه قد وقع ذلك للمحقق والمصنف والشهيدين وابي العباس ﴿ قوله ﴾ ﴿ ولو عقد بلفظ الاجارة لم ينعقد وان قصد الاجارة والزراعة ﴾ يريد أنه اذا عقد المزارعة بلفظ الاجارة لم تصح سواء قصد حقيقة الاجارة أو قصد بذلك المزارعة اما اذا قصد الاجارة فلان العوض مجهول وانه مشروط من نماء الارض والنماء معدوم ومع ذلك شروط من يبين قد لا يحصل ومثله لا يجوز بل يجب أن يكون المشروط فيه العوض في موضع الصحة مما يندر عدم حصوله حتى يكون الغالب صحة العقد وهذا أعني عدم صحة الاجارة حينئذ هو معنى ما في الشرائع والتذكرة والتحرير (١) والكفاية لو كان اي النصف والثلث بلفظ الاجارة لم تصح لجهالة العوض وهو الذي فهمه صاحب الروض (٢) وصاحب مجمع البرهان من قوله في الارشاد ولو أجره بالحصة بطل ولا تأمل لاحد في ذلك وقد مثله في التذكرة بما اذا قال أجرتك هذه الارض مدة معينة بثلث ما يخرج منها (وقال في المسالك) في شرح كلام الشرائع لا اشكال في عدم وقوع المزارعة بلفظ الاجارة لاختلاف أحكامهما فان الاجارة تقتضي عوضاً معلوما ويكفي في المزارعة الحصة المجهولة وقضية الاول كلامه هذا أنها لا تنعقد مزارعة وقضية آخره أنها لا تنعقد اجارة فليلاحظ ذلك واما عدم انعقادها مزارعة اذا قصد بلفظ الاجارة المزارعة فلان لكل عقد لفظا متلقى هو سبب شرعي توقيفي فلا يصح استعماله في عقد آخر وافادته فائدته ويأتي المصنف في المساقاة في مثل المسئلة استشكال ويأتي في ذلك في كلام جامع المقاصد خلل واضطراب (وقال في مجمع البرهان) لا مانع من وقوع المزارعة بلفظ الاجارة مع القصد الى المزارعة والقرينة والاتيان بجميع شرائطها فان غايته كونه مجازاً ولا فساد فيه وقال أيضا ويدل عليه مثل ما في صحيحه أبي المعزاء عن ابي عبد الله عليه السلام اما اجارة الارض بالطعام فلا تأخذ نصيب اليتيم منه الا ان تؤجرها بالربع وما في حسنة الحلبي عنه عليه السلام لا تقبل الارض بحصة مسماة ولكن بالنصف وغيرهما انتهى ﴿ قوله ﴾ ﴿ نعم يجوز اجارة الارض بكل ما يصلح ان يكون عوضا فى الاجارة وان كان طعاما اذا لم يشترط أنه مما يخرج من الارض ﴾ هذا دفع لما قد يتوهم من قوله ولو عقد الى آخره من عدم جواز الاجارة بالطعام ومعناه ان العوض في الاجارة كما يصح أن يكون غير طعام كذا يصح أن يكون طعاما لانه لا ريب في أنه صالح لان يقابل بالمال لكن يشترط في صحة الاجارة أن لا يكون ذلك الطعام الذي هو الاجرة مشروطا كونه مما يخرج من الارض لانه لا يجوز اشتراط كونه مما يخرج منها كما في الخلاف والمبسوط والسرائر والمختلف والتنقيح وجامع المقاصد ولا يصح كما في ايضاح النافع

---

(١) الذي كان في النسخة والعزيز فالظاهر انه تحريف التحرير (مصححه) (٢) كذا في النسخة وقد عرفت الحال (مصححه)

والكتاب في آخر الباب ويكون حراما كما في التذكرة والرياض وممنوعا منه كما في الشرائع وكذا المسالك وباطلا كما في التحرير والكل بمعنى واحد وهو ظاهر أبي علي وفي (الكفاية) أنه لا يخلو عن قوة وظاهر الخلاف الاجماع على عدم الجواز وهو اي الاجماع ظاهر التنقيح حيث قال قطعا وفي (المسالك) أنه المشهور وفي (مجمع البرهان والرياض) انه مذهب الاكثر وفي (التبصرة والمختلف والمفاتيح والنافع) انه مكروه على ما هو موجود في بعض نسخ الاخير حيث ان فيه يكره اجارتها بالحنطة والشعير مما يخرج منها وهو ظاهره على ما في أكثر النسخ حيث ترك فيها قوله مما يخرج منها وهو ظاهر النهاية في أول الباب وظاهره في موضع آخر الجواز مطلقا ولعله أشار اليه بقوله في التحرير وقيل يكره لانه لم تجر له عادة في النقل عن المحقق . لا أجد أحدا أشار اليها قبله غيره (قال في النهاية) يكره أن يزارع بالحنطة والشعير والتمر والزبيب وليس ذلك بمحظور فان زارع بشيء من ذلك فليجعله من غير ما يخرج من تلك الارض مما يزرعه في المستقبل بل يجعل ذلك في ذمة المزارع (وقال في المختلف) بعد حكايته ان أراد بقوله يكره أن يزارع الى آخره المزارعة فهو ممنوع وان قصد به الاجارة فهو حق وصاحب التنقيح فهم من عبارة النهاية معنى آخر وهو أنه ليس للمالك أن يزارع العامل بان يجعل له قدراً معلوما في ذمته ولا ينسب الى حاصل الارض (قلت) هذا المعنى قد يظهر من الوسيلة وكيف كان فعبارة النهاية غير جيدة بأي معنى أردت وقد سكت كاشف الرموز وأبو العباس في كتابيه على ما في النافع على النسختين ولا تصغ الى قوله في الرياض انه ظهر من التتبع أن لا قائل بما في النافع وقد ذهب القاضي الى المنع من ذلك كما عليه المعظم وإلى المنع أيضا فيما اذا وقعت الاجارة مطلقة أو على حنطة من غيرها اذا كان قد زرعها حنطة كما ستعرف فهو قائل بالمنع في الصور الثلاثة وفي (المسالك) أن قوله لا يخلوا عن قوة والمشهور كما في المسالك والكفاية والمفاتيح أن الاجارة اذا وقعت مطلقة أو على حنطة من غيرها كانت مكروهة وفي (المختلف) انه اشهر وظاهر الخلاف أو صريحه الاجماع على ذلك وبالكراهة في الصورتين الاخيرتين صرح في التذكرة والتنقيح والرياض وقد سمعت اطلاق النافع وقال ابو علي من استأجر بحنطة مضمونة لم نستحب له أن يزرعها حنطة (حجة القائلين بالمنع) فيما اذا اشترط كونه منها (مارواه) الشيخ في الصحيح عن ابي بردة قال سألت اباعبد الله عليه السلام عن اجارة الارض المحدودة بالدراهم المعلومة قال لا بأس قال وسألته عن اجارتها بالطعام فقال ان كان من طعامها فلا خير فيه ومثله الخبر المروي في الكافي والتهذيب عن الفضيل بن يسار عن أبي جعفر عليه السلام سوءً لا وجوابا حرفا لحرفا والمناقشة في ذلك بضعف السند والدلالة لم نساعد في عزوها لانجبار الاول بالشهرة المعلومة والمنقولة والاجماعين الظاهرين من الخلاف والتنقيح مع ان ابا بردة كان فصيحا ملازما لابان بن تغلب وعنه أخذ فالاطلاق ينصرف الى هذا الممدوح بهذا المدح وهو ميمون مولى بني فزارة وهو متحد على الظاهر مع بن رجا وما في الرياض وكذا الكفاية من انها صحيحة الى صفوان واذا صحت اليه لا يضرها ضعف من بعده لكونه ممن اجمعت الصحابة على تصحيح ما يصح عنه فغير جيد ولا متجه لانه نشأ من عدم الوصول الى المراد من هذه الكلمة كما تقدم التنبيه عليه مرارا والخير نكرة في سياق النفي والذي لا خير فيه أصلا هو الحرام ولا تصغ الى ما في المسالك من أن عدم الخير لا يبلغ حد المنع فان المباح والمكروه لا يوصفان بالخير ولا بضده وان بينه وبين الشر واسطة كما هو مذهب بعض علماء الاصول لأنهما حسنان لانطباق تعريف الحسن عليهما وليسا بشر عقلا وشرعا وعرفا فيكونان خيرا ويدل على ان المراد بما لا خير فيه الحرام حسنة الوشا قال سألت الرضا

عليه السلام عن الرجل اشترى من رجل ارضا جريانا معلومة بمائة كر على ان يعطيه من الارض فقال حرام قال قلت له ماتقول جعلني الله فداك ان اشتري الارض بكيل معلوم حنطة من غيرها قال لا بأس فقد صرح بالحرمة في البيع في موضع نفى الخير في الاجارة لان كان البيع والاجارة متحدين فيما هو وجه المنع من عدم معلومية حصول العوض وكميته كيلا أو وزنا لان ما كان من الارض غير مضمون ولا ثابت في الذمة ولا هو معلوم الحصول ولا تجوز الاجارة به ولا البيع وفيه ايضا شهادة على الجمع بين الاخبار كما ستسمع وفيه تقوية لدلالة الاخبار المعتبرة المتضافرة المتضمنة للنهي الظاهر في الحرمة عن اجارة الارض بالطعام ففي صحيحة أبي المغراء قال سأل يعقوب الاحمر أبا عبدالله عليه السلام وانا حاضر فقال أصلحك الله انه كان لي أخ متملك وقد ترك في حجري يتيما ولي أخ يلي ضيعة لنا وهو يبيع العصير ممن يصنعه خمرا أو يؤاجر الارض بالطعام فاما مايصيبني فقد تنزهت فكيف أصنع بنصيب اليتيم فقال اما اجارة الارض بالطعام فلا تأخذ نصيب اليتيم منه الا ان تؤاجرها بالربع والثلث والنصف فان حمله على الكراهية في غاية البعد مضافا الى مخالفته لظاهر النهي وقضيته المنع مطلقا بحيث يشمل ما اذا كان الطعام استؤجرت الارض به من غيرها لكنه يجب تقييده بما اذا كان منها لما عرفت ولانه لا قائل به على اطلاقه مع موافقة الاعتبار ولاحتمال ان لايحصل منها شيء وان كانت الارض واسعة اذ من المعلوم انه لامانع من اجارة الارض بقدر معين من الحنطة والشعير لا من جهة العقل ولا من جهة النقل ولا ينبغي الخلاف ولا التأمل في ذلك أصلا فيجوز اجارتها بحنطة معينة من غيرها وان كانت قد زرعت حنطة واما القاضي القائل بحرمة اجارتها بالحنطة والشعير ولو كانا من غيرها فانه يشترط اتحاد الجنس بينهما و بين ما زرع فيها فلو أجرها بشعير وزرعها حنطة لم يكن حراما عنده فلابد أيضا من تقييده عنده وتلك أخبار أبي بصير الثلاثة وكلها موثقة عن ابي عبدالله عليه السلام قال لا تؤاجر الارض بالحنطة ولا بالتمر ولا بالشعير ولا بالارز بماء ولا بالنطاق ولكن بالذهب والفضة لان الذهب والفضة مضمون وهذا ليس بمضمون لكن في خبر منها قد ترك قوله ولكن بالذهب الى آخره .مثله صحيحة الحلبي عن ابي عبد الله عليه السلام لاتستأجر الارض بالحنطة ثم تزرعها حنطة وقد رواه الصدوق في الفقيه مسندا والمقنع مرسلا ورواه الشيخ مسنداً (وعساك تقول) يمكن ان تقيد هذه الاخبار بما اشير اليه في هذه صحيحة إن يكون المراد لاتستأجر الارض بالحنطة منها أو من غيرها اذا كنت تريد أن تزرعها حنطة كما هو مذهب القاضي كما عرفت وذلك يمكن جريانه في خبر أبي بردة والتفصيل المذ من هما الاصل في التقييد الاول كأن يقال ان المراد من قوله عليه السلام فيهما أي الخبرين ان كان من طعامها أي من جنسها ولو كان من غيرها و به يحصل الجمع أيضا بين الاخبار والشاهد على هذا التقييد والجمع ما رواه في العلل في الحسن أو القوي أو الضعيف على اختلاف الاقوال في اسماعيل بن مرار وفي قول (١) يونس عن غير واحد عن أبي جعفر وأبي عبد الله عليهما السلام انهما سئلا ما العلة التي من أجلها لايجوز أن يؤاجر الارض بالطعام ويؤاجرها بالذهب والفضة قالا العلة في ذلك ان الذي يخرج منها حنطة وشعير ولا تجوز اجارة حنطة بحنطة ولا شعير بشعير

---

(١) كذا في النسخة والظاهر وقوع خلل في العبارة والسند في العلل هكذا حدثنا محمد بن الحسن قال حدثنا محمد بن الحسن الصفار عن ابراهيم بن هاشم عن اسماعيل بن مرار عن يونس بن عبد الرحمن عن أبي جعفر وأبي عبد الله عليهما السلام (مصححه)

(لانا نقول) يشهد على الجمع الاول مع موافقته الاعتبار والقواعد واعتضاده بالشهرات والاجماعات خبر الوشا المتقدم آنفا كما عرفت وهو حسن كالصحيح وقد دار خبر الحلبي في سنده بين أمور ثلاثة كما عرفت ومما يرد تعليل الحلل تعليل المنع في موثقتي أبي بصير المرويتين في الجوامع الكبار اللاتي عليهما المدار بأنهما ليسا بمضمونين دون النقدين فان ذلك انما يتجه في ما اذا كانت الاجرة من تلك الارض لانه يمكن أن لا يخرج منها شيء بخلاف النقدين الثابتين في الذمة بمجرد العقد كما ان الطعام من حنطة أو شعير اذا لم يكن مشروطا بكونه منها بل كان خارجا عنها يكون بمجرد العقد مضمونا وهذا يقطع عليك القول بان خبر الحلبي معتضد بصحيحة الحلبي لان هذا التعليل في الموثقتين تعليل المنع عن اجارة الارض بالطعام على الاطلاق وهو يقضي بان الاطلاق يراد به المقيد بذلك القيد فبالاولى أن يراد هذا التقييد في صحيحة الحلبي واعترض على ما ظهر من بعض الاخبار واستند اليه بعض الاصحاب في بيان الوجه في المشهور بان خروج ذلك القدر منها غير معلوم وربما لا يخرج شيء أو يخرج غير ذلك الوصف ومن ثم لم يجز السلم في حنطة من قراح معين لذلك بأنه يشكل فيما لو كانت الارض واسعة لا تخيس مثلك القدر عادة فلا يتم اطلاق المنع (وفيه) ان الاخبار تنزل على الغالب ومن النادر استئجار ارض الكوفة بمقدار يخرج منها ولذلك اشترطوا في السلف أن لا يكون من قرية معينة أو قراح معين كما ذكره المستدل فلا ينبغي الاعتراضات على الامور الواضحات مع التصريح بها في الاخبار بقي شيء وهو ان المطلق والمقيد اذا كانا منفيين فقد حكى الاجماع في المعالم وغيرها انه لا يلزم الجمع بل يبقى المطلق على اطلاقه ومثاله بقولنا لا تعتق مكاتبا كافراً (١) قال في (المسالك) وبملاحظة ذلك يتخرج على ذلك فساد كثير وقال ان النهي مطلق ولا منافاة بينه وبين تحريم شرطه من طعامها حتى يجمع بينهما بحمله عليه وفيه نظر من وجوه (الاول) ان المقيد فيما نحن فيه قد اشتمل على شرط ومفهومه يقضي بجواز الاجارة للارض بحنطة من غيرها فالاجماع المذكور ان تم منزل على ما اذا لم يكن هناك شرط (الثاني) ان الاجماع المذكور غير مسلم الا في خصوص المثال بل بعض متأخري متأخري الاصوليين كسلطان المحققين معه أو تأمل فيه في خصوص المثال لمكان مفهوم الصفة ومولانا المقدس الاردبيلي تأمل في فقهه في هذا الاجماع وبنى على خلافه (وقال في القوانين) ان الحكم بوجوب العمل بالمطلق والمقيد لا يتم الا بفرضهما عاما وخاصاً والظاهر ان اتفاقهم على ذلك مبني على مذهبهم المشهور ولا على فرض ارادة الماهية من المطلق لا بشرط فيمكن الجمع بينهما بحمل المطلق على المقيد (قلت) وقد وجدنا الفقهاء في ابواب الفقه لا يحتملون في ذلك ومن ذلك ما نحن فيه ان لم تعتبر الشرط وما ورد في النهي عن بيع الطعام قبل قبضه مع ورود نص بتحريم بيع المكيل والموزون كذلك حيث جمع الاكثر بينهما بحمل المطلق اعني المكيل والموزون على المقيد أعني الطعام الذي هو الحنطة خاصة أو هي والشعير خاصة وكم من حكم خالفوا فيه أصولهم أو لا تراهم تقولون في أصولهم أن النهي في المعاملات لا يقتضي الفساد واختلفوا فيه في العبادات مع أنهم في الفقه أطبقوا على اقتضائه الفساد فيهما الى غير ذلك وقد ظهر مما حررناه في المقام ان الاصحاب مطبقون على خلاف ما هو ظاهر النهاية والنافع أو صريحه وصريح التبصرة من

---

(١) وغير المثال في المعالم تبعا لشارح الشرح بلا تعتق لا تعتق المكاتب الكافر حيث لا يقصد الاستغراق وهو غير جيد كما بين في محله (منه قدس سره)

ويكره أن يشترط مع الحصة شيئا من ذهب أو فضة (متن)

الحكم بالكراهيـة فيما اذا شرط كونه منها وانهم لا يختلفون في حرمة ذلك وان الاخبار لا دلالة فيها على الكراهية وان المراد من قوله لا خير فيه انه حرام كما ظهران لا خلاف في جواز اجارتها بطعام من غيرها سابر لما نرع فيها وان جماعة قالوا بالكراهية في ذلك وفيما اذا اتحد الجنس ولعلهم استندوا الى اطلاق الاخبار بالنهي عن مؤاجرتها بالطعام مطلقا لان كان يحتمل تناوله لهاتين الصورتين وان ضعف لوجود ما يدل على تقييدها بما اذا كان منها لمكان المسامحة في اثبات الكراهية والاكتفاء في ذلك بالاحتمال وان ضعف بل يكتفي فيها بالعلم بالصدور عن المعصوم وان علم أنه مقيد أو مسوق لغير ذلك ولمكان شبهة الخلاف من القاضي في الثاني ﴿ قوله ﴾ (ويكره أن يشترط مع الحصة شيئا من ذهب أو فضة) كما في جامع الشرائع والتحرير وجامع المقاصد وقد حكى ذلك في المختلف عن الشيخ ولعله فهمه مما سمته عنه في المساقاة وفي (الوسيلة والشرائع والتذكرة والمختلف والكتاب فيما يأتي والتحرير والارشاد والايضاح واللمعة وجامع المقاصد والروض ومجمع البرهان والمسالك والروضة والكفاية والمفاتيح) انه لو شرط شيئا يضمنه من غير الحاصل صح وجاز في الاربعة الاخيرة أنه المشهور وحكى في هذا في الشرائع والتذكرة والمختلف والايضاح عن بعض أصحابنا القول بالمنع وقد اعترف جماعة منهم بعدم معرفة القائل به ويأتي تمام الكلام عند تعرض المصنف له وفي (المقنعة والمراسم والنهاية والمهذب والسرائر والشرائع والنافع والتذكرة والتحرير والارشاد والتبصرة واللمعة والمهذب البارع وايضاح النافع وجامع المقاصد والروض والمسالك والروضة ومجمع البرهان والرياض وكذا الكفاية والايضاح) أنه يكره أن يشترط رب الارض على المساقي شيئا من ذهب أو فضة وفي (الكفاية) أنه المشهور وفي (جامع المقاصد والمسالك وكذا الرياض) نفي العلم بالخلاف في ذلك (قلت) لا تصريح بالكراهية في الكافي وفي (المهذب) ان الاحوط تركه ويأتي تمام الكلام في هذا وفروعه في بابه عند تعرض المصنف له (ومن الغريب) انهم جميعا الا من شذ تعرضوا لهذا الشرط في المساقاة مع أنه لم يرد بذلك خبر وان الاقدمين لم يتعرضوا لذلك في المزارعة مع ورود خبر بذلك رواه المحمدون الثلاثة في الصحيح في الكافي والتهذيب عن محمد بن سهل بن اليسع عن أبيه قال سألت أبا الحسن موسى عليه السلام عن رجل يزرع له الحرث الزعفران ويضمن له أن يعطيه في كل جريب أرض يمسح عليه وزن كذا وكذا درهما فربما نقص وغرم وربما زاد واستفضل قال لا بأس به اذا تراضيا والظاهر حسن حال محمد لان له كتاب ومسائل وروى عنه احمد في الصحيح ولم يستثن من كتاب نوادر الحكمة وقد ذكر في جميع الطرق الى ابيه فالحديث حسن أو قوي معتبر ظاهر الدلالة وان تم ما في الروضة من دعوى الشهرة كما هو الظاهر لان كان ما نحن فيه وما حكيناه عن الوسيلة وما ذكر بعدها من سنخ واحد لان الظاهر عدم الفرق بينهما وبين غيرهما من الحنطة والشعير وغيرهما كانت الشهرات الاربع جابرة لسنده ان كان فيه ضعف بل ولدلالته ان كان فيها قصور وقد اعترف بدلالته الخراساني والكاشاني وكذا صاحب الرياض مضافا الى الاصل المستفاد من عمومات الادلة بايجاب الوفاء بالشرط والعقود ولا غرر ولا جهالة وليس من النماء الذي يشترط فيه ان يكون مشاعا فكان الاصل والعمومات سالمين عن المعارض وقد يعتذر عن تعرض الاصحاب لهذا الفرع في المساقاة لمكان اطباق العامة

الثاني تعيين المدة ولا بد من ضبطها بالشهور والاعوام (متن)

على بطلانه لكنه لا يجدي بالنسبة الى المقنعة والنهاية والمراسم اللاتي هي متون أخبار والامر سهل هنا وقد قال الشهيد الثاني انه حيث يصح يكون قراره مشروطا بالسلامة كاستثناء أرطال معلومة من الثمرة في البيع وانه لو تلف البعض سقط من الشرط بحسابه لانه كالشريك وان كانت حصته معينة واحتمل ان لا يسقط شيء بذلك عملا باطلاق الشرط الا ان يكون هناك عرف وجب الصرف الى الاول فيتبع و بعدم السقوط صرح في الكافي كما يأتي وهو ظاهر الباقين وهو الاقوى كما يأتي في المساقاة (ونحن نقول) امل الوجه في كونه مشروطا بالسلامة انه لولا ذلك لزم الضرر بذهاب تعبه ودفع ما شرط فيكون أ كل مال من دون عوض فيدخل تحت أ كل المال بالباطل وقد استوضحنا في باب المساقاة انعقاد الاجماع على ذلك وقد يكون المراد بالسلامة العرفية العادية بحيث لا يكون الناقص شيئا معتدا به عرفا وعادة لكن يأتي لجماعة في باب المساقاة ان قراره مشروط بعدم التلف أو عدم الخروج وفرق بينهما و بين اشتراط السلامة العرفية كما يأتي تحريره هناك فلا بد ان يراد السلامة في الجملة ليوافق عدم التلف واطلاقهم يقضي بعدم الفرق بين الذهب او الفضة أ كثر من الحصة أو دونه واما الكراهية فالظاهر انعقاد الاجماع عليها في المساقاة ولا فرق ولا فارق والا فالخبر خال عنها الا ان يفهم من قوله عليه السلام لا بأس فانه كثيراً ما يستعمل في الكراهية وقد توجه بجواز كون الخارج بقدر الشرط أو أقل فيكون عمله ضائعاً موجبا للضرر المنفي عقلا وشرعا فيه نظر ظاهر اذ لو كان الشرط أ كثر من الحصة أو مثلها لها أو غلة بل ، حالا يكون سفيها والعقد باطلا الا أن يفرض له نفع آخر يعتد به فليتأمل وتمام الكلام يأتي في باب المساقات بعون الله تعالى ولطفه و بركة خير خلقه محمداً وآله صلى الله عليه وآله وسلم ولو كان الشرط للعامل على المزارع (المسالك خ ل) احتمل قويا عدم سقوط شيء لان العوض من قبل العامل قد حصل وقد قال به أو مال اليه في مساقاة جامع المقاصد ومجمع البرهان واحتمل المساواة بينه و بين عكسه كما انه يحتمل كراهية الاشتراط وعدمها وفي (مساقاة التذكرة والتحرير) يكره أن يشترط أحدهما لنفسه ذهبا أو فضة ويحتمل الفرق في ذلك بين المزارعة والمساقاة لمكان نعمه (١) شجر البستان كما يأتي ان شاء الله تعالى ﴿ قوله ﴾ (الثاني تعيين المدة ولا بد من ضبطها بالشهور والاعوام) كما في الشرائع والتحرير والتذكرة وغيرها مما تأخر عنها وهو معنى ما في المقنعة والمراسم والكافي والمبسوط والمهذب والوسيلة والغنية والسرائر والارشاد ومجمع البرهان وغيرها من انه لا بد من تعيين المدة (وقال الصادق عليه السلام) في خبر أبي الربيع الشامي تقبل الارض من أربابها بشيء معلوم الى سنين مسماة وفي (التذكرة) الاجماع على انها لا تجوز مع جهالة المدة ونقل في مجمع البرهان في المساقاة انه قد حكى الاجماع على البطلان مع الخلو عن المدة مطلقا وهذا الاجماع حكاه في المسالك قال واعلم ان الاتفاق على اشتراط تقديرها في الجملة أما تركها رأسا فيبطل العقد قولا واحدا فترك التعرض للمدة هنا في النهاية والخلاف واللمعة والروضة ليس بمخالفة اذ لعلهم يكتفون بتعيين المزروع عنها أو يقولون ان الامر في ذلك واضح وصريح المفاتيح والرياض ان هناك جماعة منا مصرحين بعدم اشتراط تعيين المدة والا كتفاء بتعيين المزروع عنها

---

(١) كذا في النسخة فليراجع (مصححه)

ولا يكفي تعيين المزروع عنها وتجوز على اكثر من عام واحد من غير حصر اذا ضبط القدر

ولم نجده لاحد منا ولا من العامة وانما ذكر ذلك في الشرائع والتذكرة وغيرها وجها واحتمالا ولم يقل أحد غيرهما انه قول ﴿ قوله ﴾ (ولا يكفي تعيين المزروع عنها) هذا هو الاشبه كما في الشرائع والاقوى كما في التذكرة والاقرب كما في التحرير والمسالك وكذا الرياض والمفاتيح لان مقتضى العقد اللازم ضبط أجله لان ما خالف الاصل واحتمل الغرر والجهالة يجب الاقتصار فيه على موضع اليقين فكان الحاقها بالاجارة أولى وأشبه من الحاقها بالقرض ولا ترجيح في الكفاية وعن أبي علي في المساقاة الاكتفاء في التقدير بحصول الثمر وفي (المسالك) انه لا يخلو من وجه وفي (مجمع البرهان والكفاية) انه غير بعيد لضبط عادة في الجملة كالقراض وللاصل وعمومات الادلة والاول فيهما أشبه بأصول المذهب وأوفق بالضوابط الشرعية والتنظير بالقراض غير متجه لمكان جوازه ولزومهما ولان الوقت يخل به لانه ليس للربح وقت معلوم فربما لا يحصل في المدة المقدرة ويمكن أن يقال ان التأقيت بالزمان يشترط فيه العلم أو الظن بالادراك فاذا تعرض للمقصود كان أولى فتأمل وقد استدل لابي علي في المختلف في المساقات بصحيحة يعقوب بن شعيب وأجاب عن الاستدلال بها بجواب ضعيف وقد أوضحنا ذلك في باب المساقاة فليلحظ وقال في (الرياض) ما ملخصه اذا لم يعين المدة بطل خلافا لبعض متأخري الاصحاب اذا عين المزروع مدعيا على خلافه الوفاق وجعله في الشرائع وغيره وجها ولم يذكره قولا وفيه نوع اشعار بالوفاق كما ادعاه فان تم كان هو الحجة والا فما اختاره من عدم اعتبار ذكر المدة في تلك الصورة لا يخلو عن قوة انتهى وهو فاسد من وجوه وذلك لان هذا البعض هو صاحب المسالك قال فيه في باب المساقاة بعد نقل كلام ابن الجنيد وقد سمعته انه لا يخلو من وجه وقال بعده من دون فاصلة واعلم ان الاتفاق على اشتراط تقديرها في الجملة أما تركها رأسا فيبطل العقد قولا واحدا انتهى وكلامه هنا في المساقاة وصاحب الرياض جعله في المزارعة والظاهر ان بينهما فرقا عندهم لان أبا علي ما خالف في المزرعة في الصورة المذكورة وخالف فيها في المساقاة ومال جماعة الى قوله في المساقاة ولم يمل اليه أحد في المزارعة وانما جعل في الشرائع وغيرها وجها كما عرفت ذلك كله لكن الظاهر عندنا عدم الفرق بينهما في ذلك ثم ان جعله وجهاً في الشرائع في المزارعة كيف يشعر بالوفاق الذي ادعاه في المسالك في المساقاة ولم يذكر في المساقاة في الشرائع في ذلك شيئا ثم ان قضية كلام الرياض ان صاحب المسالك ادعى الاجماع على خلاف تلك الصورة وخالفه وليس كذلك وانما الاجماع الذي ادعاه انما هو فيما اذا ترك المدة رأسا لا بتصريح ولا باشارة ولا تلويح وهو تام لاريب فيه لاحد والصورة المذكورة لم تترك المدة فيها رأسا بل أشير اليه ونبه عليها بتعيين المزروع الذي من شأنه ان تكون مدة ادراكه نصف سنة مثلا فكيف يقول ان تم كان هو الحجة ويجعل الصورة المذكورة مخالفة له ثم ان صاحب المسالك لم يحكم بذلك وانما قال لايخلو من وجه وما كان صاحب المسالك ليخالف الاجماع الذي هو حصله وقطع به من دون تقادم عهد بل من دون فاصلة أصلا وبالجملة لاريب في حصول الغفلة لصاحب الرياض وان قلت انه أراد بعض المتأخرين مولانا الاردبيلي قلنا ماراد في مجمع البرهان على حكاية ما في المسالك ونفى البعد عنه ﴿ قوله ﴾ (وتجوز على أكثر من عام واحد من غير حصر اذ

ولو شرط مدة يدرك الزرع فيها قطعا أو ظنا صح ولو علم القصور فاشكال ولو ذكر مدة يظن الادراك فيها فلم يحصل فالاقرب ان للمالك الازالة مع الارش أو التبقية بالاجرة سواء كان بسبب الزارع كالتفريط بالتأخير اومن قبل الله تعالى كتغير الاهوية وتأخر المياه (متن)

ضبط القدر ﴾ كما في جامع المقاصد وهو قضية طلاق كلام الباقين وبه صرح جماعة في باب المساقاة ويدل عليه الاصل والعمومات وقد روى الحلبي في الصحيح عن أبي عبد الله عليه السلام انه قال في القبالة ان يأتي الرجل الارض الخربة فيتقبلها من أهلها عشرين سنة فان كانت عامرة الحديث وروى الحلبي أيضا في الحسن كالصحيح عن أبي عبد الله عليه السلام قال لا بأس بقبالة الارض من أهلها عشرين سنة وأقل من ذلك وأكثر وقد روى ذلك الحلبي أيضا في الحسن كالصحيح في متن آخر وفي خبر أبي الربيع عن أبي عبد الله عليه السلام قال سئل أي وجوه القبالات أحل قال يتقبل الارض من أربابها بشيء معلوم الى سنين مسماة فحينئذ فيجوز أن يساوي بين السنين بالحصص وان يفاوت بينها مع تعيين ما يخص كل واحدة ومن الغريب عدم تعرض المنظم له مع ورود الاخبار به ﴿ قوله ﴾ ﴿ ولو شرط مدة يدرك الزرع فيها قطعاً أو ظنا صح ﴾ كما في جامع المقاصد والمسالك والكفاية والرياض وفي (المفاتيح) نسبه الى القيل وليس في محله ولعله بالنسبة الى مجموع ما ذكر والوجه في ذلك في صورة القطع ظاهر واما في صورة الظن فلوجود المقتضي وانتفاء المانع والظن مناط الشرعيات ويأتي في المساقاة أنه لو ظن في المدة حصول الثمر صح العقد مصرحا به في أربعة عشر كتابا ﴿ قوله ﴾ ﴿ ولو علم القصور فاشكال ﴾ أقواه واصحه عدم الصحة كما في الايضاح وجامع المقاصد والمسالك والرياض لان الاصل الناقص خلاف وضع المزارعة وتفويت الغرض منها لان العوض في المزارعة هو الحصة من النماء ولا يتحقق في المدة الناقصة فيبقى العقد بغير عوض حاصل عند انتهاء المدة ويأتي في المساقاة للمصنف الجزم بالبطلان مع العلم بالقصور والظن والتساوي وقد حكيناه هناك عن عشر كتب أو أكثر ووجه الصحة عموم أوفوا بالعقود وانه يمكن التراضي على الابقاء بعد ذلك وانه زرع محق فيجب ابقاؤه والعموم لا يتناول العقد الخالي عن العوض والتراضي على الابقاء بعد ذلك وانه زرع محق فيجب ابقاؤه والعموم لايتناول العقد الخالي عن العوض والتراضي غير لازم فلا يعلق عليه شرط اللازم والثالث أوهى شيء لكن قد يقال ان الصحة ظاهر اطلاق المقنعة والمراسم والمبسوط والكافي والمهذب والوسيلة والغنية والسرائر والشرائع والنافع والتذكرة والتحرير والارشاد وشروحه والتنقيح وغيرها حيث قيل فيها لابد من تعيين المدة ونحو ذلك وهو يتناول ما اذا كانت ناقصة عن الادراك أو زائدة أو مساوية بل لانجد اشكالا ولا خلافا الا ممن عرفت ذ هذا الاطلاق موجود في جميع الكتب الاالنهاية والخلاف واللمعة والروضة الا أن يقال ان المتبادر من اطلاق المدة للزرع انما هو غير الناقصة ولعله كذلك ويأتي في المساقاة الكلام في الاجرة على التقديرين ﴿ قوله ﴾ ﴿ ولو ذكر مدة يظن الادراك فيها فلم يحصل فالاقرب ان للمالك الازالة مع الارش أو التبقية بالاجرة سواء كان بسبب الزارع كالتفريط بالتأخير أو من قبل الله سبحانه كتغير الاهوية وتأخر المياه ﴾ أما ان للمالك الازالة فهو خيرة الشرائع والتحرير والارشاد والمسالك والروض والمقنعة ومجمع البرهان واللمعة والروضة والكفاية والرياض ولا فرق في ذلك بين كون التأخير من

الزارع أو من الله سبحانه كما هو صريح السنة الاولى وظاهر الخمسة الاخيرة وظاهر الجميع ان ذلك بدون الارش بل هو صريح بعضها كالمسالك ثم احتمل في مجمع البرهان ثبوت الارش خصوصا اذا كان من الله سبحانه ولم يحكم بثبوته ولا عدمه في الروضة وتوهم في الرياض فظن ان القائل بالازالة قائل بها مع الارش وان لم يصرح به وستسمع ان أدلتهم قاضية بان ذلك بدون الارش وفي (التذكرة) ان الاقرب منعه من الازالة وبه جزم في جامع الشرائع وفصل في جامع المقاصد في اول كلامه فقال ان كان التأخير بتفريط الزارع كان للمالك الازالة لانه عند الانتهاء كالغاصب وان كان بغير تقصير منه يجب الابقاء الى الادراك (قلت) وبهذا التفصيل جزم المصنف في الكتاب والتذكرة والتحرير والشيخ في المبسوط والمحقق الثاني في جامع المقاصد في باب الاجارة (١) كما تقدم بيانه مسبغا لكنه في جامع المقاصد بعد ذلك جعل الابقاء اذا كان التأخير بغير تقصير احتمالا وجزم بوجوب الارش حينئذ اذا قلع والمصنف هنا قرب ان له الازالة مطلقا مع الارش مطلقا ولم يوافقه على الحكم الثاني أحد فيما أجد الا ما احتمله في مجمع البرهان وقد سمعت ما في جامع المقاصد ولا ترجيح في الازالة وعدمها في الايضاح والمفاتيح وفي (الرياض) ان الاحوط الازالة مع الارش وأحوط منه عدم الازالة مطلقا وهو لايتم في ما اذا كان التقصير من الزارع وورثة مالك الارض صغارا والارض قابلة للزرع ثانيا هذا تحرير كلام الاصحاب في الباب والظاهر اتفاقهم على صحة العقد في نفسه لمكان اجتماع الامور المعتبرة فيه وانما اختلفوا في غيره كما عرفت (ولا يقال) ان قضية كلامهم السابق بطلان العقد حيث يكون التأخير من الزارع لان ذلك فيما اذا علم القصور حال العقد والحق ما فصله في جامع المقاصد كما تقدم بيانه في باب الاجارة (وما عساه يقال) ان ذلك حكم الاجارة والمزارعة تخالفها في ذلك (لانا نقول) اذا جرى هذا التفصيل في الاجارة فالاولى أن يجري في المزارعة لان البلوغ هو المقصود في المزارعة ولهذا لايجوز على الاصح المزارعة على مدة لايدرك فيها الزرع كما عرفت آنفا ويجوز ذلك على الاصح في الاجارة فاذا جازت له الازالة في الاجارة حيث يكون مفرطا وقد جوزوا فيها الاستئجار مدة لايدرك فيها فبالاولى أن تجوز في المزارعة التي لا يجوز فيها ذلك فليتأمل فيه جيدا واذا وجب الابقاء بالاجرة في الاجارة التي قد يقصد فيها الادراك وقد لا يقصد ويكون الزرع فيها مجازا حيث لاتقصير منه فبالاولى أن يجب في المزارعة التي لايراد منها الا الادراك الملحوظ في أول المعاملة والاعتبار يقضي بانه لاينبغي تضييع مال الزارع بقلعه من غير تقصير صدر منه أصلا مع امكان عدمه من غير ضرر على المالك وقد وضع بحق فيدخل تحت مفهوم قوله صلى الله عليه وآله وسلم ليس لعرق ظالم حق الذي ادعى الاجماع على العمل بمفهومه الا أن تقول ان ذلك يقضي في صورة التأخير بعدم الفرق بين ما اذا كان من قبل الله سبحانه أو من الزارع لانه من المعلوم أنه في هذه الصورة لايدرك في المدة المذكورة فان كان الوضع في ابتدائها بحق فلا فرق وكذا اذا كان بغير حق فالتفصيل بملاحظة الخبر لاوجه له فليلحظ ذلك جيداً وينبغي التفصيل بنوع آخر وهو الفرق في التأخير بين ما اذا زرع وبين ما اذا لم يزرع

(١) مستندين في الاول الى انه كالغاصب وفي الثاني الى ان ما خرج عن المدة وان لم يتناوله العقد لكنه يستلزمه حذرا من تكليف ما لا يطاق واحتملوا وجوب الصبر على المالك مجانا وان له القلع مجانا (منه قدس سره)

فيفرق بين ما اذا زرع وكان التأخير من الله سبحانه و بين ما اذا لم يزرع والتأخير منه سبحانه (حجة الشرائع) ان المدة التي يستحق عليه فيها التبقية قد انقضت والمالك متسلط على ملكه يفعل فيه كيف شاء والزرع بعد المدة لاحق له فابقاءه بدون رضا المالك ظلم فالجمع بين الحقين بقاء بالاجرة اذا رضي المالك (حجة التذكرة) ان الزرع أمداً معينا غير دائم الثبات وقد حصل في الارض بحق فلم يكن للمالك قلعه كما اذا استأجرها مدة الزرع فانقضت قبل ادراكه وهو تام في صورة عدم التقصير وكذلك الحال في النظر فتأمل جيداً لان قضيته أنه وان لم يدرك وكان التقصير منه ان وضع المزروع حينئذ يكون بحق وفيه تأمل (حجة الكتاب) ان المدة قد انقضت فلا حق للزارع لكن الزرع كان بحق فلا يجوز تنقيص مال الزارع بغير عوض فوجب الارش جمعا بين الحقين وهو لايتم فيما اذا كان التأخير بالتقصير ومع عدمه أي التقصير يجمع بين الحقين بالابقاء والاجرة مع رضا الزارع فان لم يرض وجب الارش جمعا بين الحقين فليتأمل وطريق معرفة الارش وتحصيله ان يقوم الزرع قائما بالاجرة الى أوان حصاده ومقلوعا كما ذكره جماعة ويحتمل ان يضاف الى الاول كونه مستحق القلع بالارش لان ذلك من جملة أوصافه اللازمة له الا انه لايخلو من دور وفي (جامع المقاصد) انه ليس بذلك البعيد لان حالته التي هو عليها هي هذه ويأتي في آخر باب المساقاة تمام الكلام في الارش ولا وجه للارش اذا كان البذر كله من المالك اذا قلنا ان الزرع ينمو على ملكهما وان المقلوع مشترك بينهما وان كان الزارع يملك الحصة وان لم ينعقد الحب كما هو مقتضى ايجاب الشيخ وابن ادريس والمصنف في المختلف الزكاة على كل واحد منهما وان لم يكن البذر منهما اذا بلغ نصيب كل واحد منهما نصابا لان ذلك يقضي بكون النماء على ملكهما ويبعد ان يقال ان ذلك حين انعقاد الحب ويؤيده حكمهم بأن عامل القراض يملك الربح بالظهور وابو المكارم ينكر ذلك كله ولا يوجب على الزارع ذكره (وكيف كان) فقضية كلامهم عدا أبي المكارم أنهما يقتسمان المقلوع على الشرط مع الارش وعدمه على اختلاف القولين بل والمزروع اذا تساوت أجزاؤه و بالجملة تصح قسمة الزرع اما قسمة اجبار أو تراض وظاهر الجماعة انه حيث تسوغ له الازالة يتولاها بنفسه وفي (مجمع البرهان) ينبغي تكليف العامل بالازالة أولا فان لم يفعل أعلم الحاكم فان لم يمكن فله ان يفعل بنفسه وقال انه اذا كان الزمان قابلا حداً لاتنبغي الازالة و يبقى الكلام في أمرين (الاول) هل انه يثبت للمالك أجرة الارض مع القلع (الثاني) هل له مثل أجرة مثل أملا ولعل الاولى في الاول التفصيل وفي الثاني العدم مطلقا (أما الاول) فان كان التأخير بتفريط وجبت الاجرة عليه للمالك كما احتمله في الروضة لانه قد ضيع عليه منفعة أرضه بتأخيره ان كان المقلوع لاشيء له ولو فرض ان له منفعة ناقصة عن المعتاد احتمل وجوب أكثر الامرين من الحصة وأجرة المثل والا تكن بتفريطه فالظاهر ان لاشيء له على الزارع لان قضية المزارعة قصر الحق على الحصة ولا تقصير منه في فواتها وأطلق في المسمة قال واذا مضت المدة والزرع باق فعلى العامل الاجرة لكن الظاهر انه أراد مع بقاء الزرع لامع قلعه (وأما الثاني) فان كان التأخير بتفريطه فواضح لانه عاد لايستحق أجرة وان كان التأخر من جانب الله سبحانه فالمالك لم يفوت عليه الحصة التي هي قضية المزارعة وفي (جامع المقاصد) ان المسئلة من المهمات ولم أظفر فيها بكلام للاصحاب ولا لغيرهم سوى ماحكيته والباقي محل النظر والتأمل وفي (المسالك) ان كلام الاصحاب في ذلك محرر (قلت) هلا حرراه ولعل فيما ذكرناه بلاغا في مثل هذا الفرع (ومن الغريب) مافي المسالك قال انا اذا قلنا بوجوب الابقاء ففي وجوب

ولو اتفقا على التبقية بعوض جاز ان كان معلوما ولو شرط في العقد تأخيره عن المدة ان بقي بعدها فالاقرب البطلان (متن)

الاجرة قولان والقولان للعلامة أولهما في التذكرة وثانيهما في القواعد وأنت قد سمعت عبارة التذكرة وهي ماحكيناه في حجتها حرفا فحرفا ولا تعرض فيها لذكر لاجرة فظاهره فيها ان لا أجرة وستسمع ن مذهبه في الكتاب انه يجبر الزارع عليه بالاجرة اذا رضي به المالك أو بالعكس فلو عكس النسبة لكان أولى وقد اقتفاه في ذلك شيخنا صاحب الرياض لكنه قال ان مانسبه الى القواعد غير صحيح لانه اختار فيه الازالة (وكيف كان) فالظاهر وجوب الاجرة اذا قلنا بوجوب لابقاء وكان التأخير بتقصير الزارع ثم عد الى العبارة فانه قد قال في جامع المقاصد ان التبقية بالاجرة يجب فيها ارضاء الزارع لان ايجاب عوض في ذمته ولم يقتضه العقد لايعقل بدون رضاه وحينئذ فيكون مستدركا لانه سيأتي بعد ذلك ولا يكون ذكره في حيز الاقرب صحيحا لانه مقطوع به (قلت) ظاهر العبارة ان الزارع يجبر على الابقاء بالاجرة اذا رضي المالك بذلك لانه مخير بين اقلع بالارش وابقاءه بأجرة فيصح دخوله حينئذ في حيز لاقرب ولا استدراك ولعل وجهه حتى يكون معقولا ان اجباره عليه احسان اليه بحفظ ماله عن التضييع والذهاب بالكلية اذا كان المقلوع لا نفع له أو عن تنقيصه تنقيصا فاحشا اذا كان له نفع في الجملة ولعل الارش لا يجبر ذلك وقد ذهب الشيخ الى أن المعير اذا دفع قيمة الغرس للمستعير أجبر المستعير على القبول حيث يعيره أرضه للغرس ولم يعين المدة وتقدم مثل ذلك للجماعة في الغاصب أو يكون المراد ان الاقرب انه لا يجبر المالك على الابقاء بالاجرة اذا بذلها الزارع بل يتخير بينه وبين الازالة بالارش وبه أيضا يرتفع الاستدراك ويصح دخوله في حيز الاقرب فليتأمل ﴿ قوله ﴾ ﴿ ولو اتفقا على التبقية بعوض جاز ان كان معلوما ﴾ اذا اتفقا على الابقاء بأجرة كانت اجارة الارض حقيقة لانقضاء مدة المزارعة فلابد من تعيين العوض ولا بد من ضبط المدة الزائدة كالاجارة وبذلك صرح في الشرائع والتذكرة والتحرير والارشاد وقد ترك فيهما جميعا اشتراط تعيين العوض كما ترك المصنف اشتراط تعيين المدة ولعل التارك يدعي ظهور ماتركه وحقاه اذكر فتدبر وقد ذكرنا مما في جامع المقاصد ولاتغفل عما سمعته آنفا عن التذكرة وفي (مجمع البرهان) ان لهما التبقية الى مدة غير معينة أيضا بعوض وغير عوض مثل أن يقول لكل يوم شيء كذا ونحو ذلك لان الحق لهما لايعدوهما فلهما أن يفعلا ما أراداه فيما لاتحريم فيه وهو كما ترى اذ لا كلام مع دوام الرضا نعم يصح جعالة ان قصداها ولا يصح اجارة وتثبت أجرة المثل ان قصداها وكذلك الحال اذا أطلقا العوض الذي لا يمنع من التسليم ولا يفضي الى التنازع فانها تصح جعالة ويتعين ذلك العوض وان قال لك عوض أو شيء أو مال صح جعالة أيضا وثبت أجرة المثل ﴿ قوله ﴾ ﴿ ولو شرط في العقد تأخيره عن المدة ان بقي بعدها فالاقرب البطلان ﴾ كما في التحرير والارشاد على القول باشتراط تقدير المدة كما في الشرائع بالاشهر المضبوطة كما في التذكرة لان المدة تكون حينئذ هي المجموع وهي مجهولة فيبطل العقد للاخلال ولو قلنا ان الجملة غير مجهولة فلا ريب ان المدة المشروطة مجهولة فاذا شرطت في متن العقد كانت عوضا واذا تجهل العوض بطل العقد ويحتمل الصحة على هذا القول لان المدة الاصلية مضبوطة والمشروطة بمنزلة التابع وجهالة التابع غير مضرة وقد تقدم غير مرة تحرير ذلك وان ذلك في التابع الغير المقصود أصلا سواء كان

ولو ترك الزرع حتى انقضت المدة لزمه اجرة المثل ولو كان استأجرها لزمه المسمى ولا يشترط اتصال المدة بالعقد (الثالث) امكان الانتفاع بالارض في الزرع . (متن)

تابعا حسا أو ذكر تبعا غير ملحوظ في النظر أصلا وأما على القول بعدم اشتراط تقدير المدة والاكتفاء بتعيين المزروع فالاقرب الصحة ﴿ قوله ﴾ ﴿ ولو ترك الزرع حتى انقضت المدة لزمه أجرة المثل ولو كان استأجرها لزمه المسمى ﴾ أما الثاني فقد تقدم الكلام فيه في باب الاجارة مسبقاً وبه صرح هنا في الشرائع والتحرير ومجمع البرهان وأما الاول فقد صرح به في الشرائع والتذكرة والتحرير والارشاد والمسالك والروض (١) والمفاتيح ومجمع البرهان وفي الاخير انه ظاهر (قلت) هو كذلك فيما اذا تركه اختيارا لا بدونه لانه حينئذ لا تقصير منه والعقد انما اقتضى لزوم الحصة خاصة ولم يوجد منه تقصير يوجب الانتقال الى أجرة المثل التي لم يقتضها العقد ثم يتم ذلك في الاجارة لان المؤجر لاحق له في منفعة العين وانما حقه الاجرة فاذا فاتت المنفعة اختياراً أو اضطراراً فانما فاتت على مالكها وهو المستأجر ولا مقتضي لفوات الاجرة على المؤجر لكن ظاهر اطلاقهم كما في المسالك عدم الفرق في المزارعة أيضا بين تركه اختياراً أو اضطرارا كما ان تعليلهم بانه فوت على المالك منفعتها قد يقضي بالفرق وفي عبارة الارشاد اشعار أو ظهور بذلك حيث قال ولو أهمل ولم يقل ولو ترك فتأمل وهذا كله اذا مكنه المالك أما لو منعه منها حتى خرجت المدة فانه لا يستحق عليه شيئا كما في التذكرة وغيرها كما ان العامل حينئذ لا يستحق شيئا ﴿ قوله ﴾ ﴿ ولا يشترط اتصال المدة بالعقد ﴾ قد تقدم الكلام فيه مسبغا في باب الاجارة وان لا خلاف هناك صريحا الامن الخلاف وصرح به هنا في المبسوط فقال يجب اتصال المدة بالعقد ﴿ قوله ﴾ ﴿ الثالث امكان الانتفاع بالارض في الزرع ﴾ جعله هنا وفي التذكرة ركنا وقد جعل في الشرائع والنافع والارشاد والتبصرة وجامع المقاصد والمسالك والروض ومجمع البرهان والكفاية والمفاتيح والرياض شرطا وهو معنى قوله في التحرير وغيره يجب وفي (اللمعة والروضة) لا بد منه وقد نبه عليه في المبسوط وقد يلوح من الكفاية الاجماع عليه حيث قال قالوا من شرط صحة المزارعة على الارض أن يكون لها ماء معتاد يكفيها لسقي الزرع غالبا فلو لم يكن لها ذلك بطلت المزرعة وان رضي العامل وجعل ذلك ضابطاً في المسالك والروضة والرياض قالا الضابط امكان الانتفاع بزرعها المقصود عادة فان لم يكن بطل وان رضي العامل فليتأمل فيه فانه غير جيد ولم يعد ذلك في الشروط المذكورة في الوسيلة والكافي والغنية فقد يظهر منها الخلاف ولم يذكر أصلا في المقنعة والمراسم والنهاية والسرائر وغيرها (وكيف كان) فظاهر القائلين بالشرطية أنه شرط في صحة العقد فيبطل مع عدمه مطلقا أي سواء علم بعدم الانتفاع بها في الزراعة المقصودة منها أو في نوع منها أو جهل ذلك وسواء كان الانتفاع بها معدوما من أول الامر أو تجدد عدمه بعد وجوده أو كان نادراً كما هو قضية الركنية أيضا و يأتي لهم ما يخالف ذلك ففي الكتاب وغيره أنه شرط في لزوم العقد في صورة الجهل خاصة فمع عدمه وعدم العلم بعدمه يتخير العامل و يلزم العقد مع العلم بعدمه فهو مع العلم بعدمه ليس بشرط وفي (الارشاد) انه شرط مع الجهل به حين العقد فيبطل مع عدمه حينئذ و يلزم مع العلم بعدمه وفيه وفي (الكتاب والشرائع) وغيرها انه شرط في الابتداء فلو عدم في الاثناء لم يبطل العقد بل يتخير العامل

---

(١) كذا في النسخة وقد مر الكلام في مثله مرارا (مصححه)

بان يكون لها ماء من بئر أو نهر أو عين أو مصنع وكذا ان آجرها للزرع ولو زارعها أو آجرها له ولا ماء لها تخير العامل مع الجهالة لا مع العلم (متن)

وتردد في الصحة في التذكرة فيما اذا كان الانتفاع نادرا وهذا كله على ما يظهر من عباراتهم وقد يمكن تجشم التأويل كما ستسمع ان شاء الله تعالى هذا والوجه في اشتراط هذا الشرط ظاهر كما في مجمع البرهان (قلت) لان عدم امكان الانتفاع بها ينافي مقتضى عقدها والمقصود منها لان العقد بدون امكان العوض يكون لغوا ولان هذا العقد مخالف للاصل لمكان جهالة العوض وامكان عدم حصوله فيقتصر فيه على المقطوع به من النص والاجماع وليس هو الا مع امكان الانتفاع على ان الاجماع من المتأخرين محصل على انه شرط في الجملة وانما اختلفت كلمتهم في محله كما عرفت فليتأمل فان كلامهم في الباب لا يخلو من شوب الاضطراب ﴿ قوله ﴾ ﴿ بان يكون لها ماء من بئر أو نهر أو عين أو مصنع ﴾ كما في الشرائع أو غيث معتاد كما في التحرير والتذكرة واللمعة وقد اشير الى ذلك فيما يأتي من الكتاب والشرائع بقولهما وكذا لو اشترط الزراعة وكانت في بلاد تشرب بالغيث غالبا أو الزيادة كما في جامع المقاصد والمسالك والروضة فالحصر في المذكورات في الكتاب والشرائع ليس بذلك الحسن ﴿ قوله ﴾ ﴿ وكذا ان آجرها للزرع ﴾ كما تقدم الكلام في ذلك عند قوله ولو استأجر للزرع ولها ماء دائم أو يعلم وجوده عادة وقت الحاجة صح ﴿ قوله ﴾ ﴿ ولو زارعها أو آجرها له ولا ماء لها تخير العامل مع الجهل لا مع العلم ﴾ كما صرح بذلك كله في الشرائع والتذكرة وفي الارشاد والروض (١) أنها تبطل مع الجهل لا مع العلم (قال في الارشاد) ولو زارع على ما لا ماء لها بطل الا مع علمه وظاهر التحرير أو صريحه أنها تبطل حينئذ قال ولو تعذر وصول الماء اليها لم تصح المزارعة وقال في موضع آخر من التذكرة ولو كانت الارض لا ماء لها يعتادها لا من نهر ولا من مطر ولا غيرهما لم تصح المزارعة لتعذر الانتفاع ولا استئجارها للزراعة فما في المسالك من نسبة موافقة المصنف في كتبه للشرائع غير صحيح ولا تعرض لذلك في المختلف والتبصرة وقد يراد بالبطلان في كلام الارشاد عدم اللزوم فيوافق الشرائع والكتاب فتأمل وقد علمت آنفا ان ظاهر القائلين بان امكان الانتفاع شرط في صحة المزارعة أو ركن فيها البطلان مطلقا من رأس فيما نحن فيه وهو الذي جعله في جامع المقاصد مقتضى النظر وقال في (المسالك) انه مخالف للقاعدة المتقدمة من أن من شرط صحة المزارعة امكان الانتفاع وقال ان اللازم من هذه القاعدة بطلان المزارعة سواء علم هنا أم لم يعلم ونحوه ما في مجمع البرهان (قلت) وقد تقدم في باب الاجارة للمصنف وغيره في الكتاب وغيره بطلان الاجارة للزرع مع عدم الماء وعدم العلم بحالها وهو يخالف ما هنا الا أن تقول انه رجوع لان عدم الماء لا يستلزم عدم امكان الانتفاع أو ان امكان الانتفاع شرط اللزوم فيهما كما تقدمت الاشارة اليه وأنه في صورة العلم والجهل في العقدين مبني على القول بجواز التخطي أو في صورة العلم خاصة وان قول المصنف والمحقق لا مع العلم لا يريدان به أنه لم يثبت الخيار بل أرادا انه يبطل العقد فليتأمل في ذلك كله ثم انه استشكل في التذكرة في جواز المزارعة فيما اذا لم يكن للارض ماء يمكن زرعها به الا نادراً فيمكن أن يكون المراد من قولهم لا ماء لها أن لا ماء لها غالبا لا انه لا ماء لها أصلا فيكون المصنف هنا والمحقق رجعا أحد وجهي الاشكال وهو الصحة

(١) كذا في النسخة أيضا (مصححه)

لكن في الاجرة يثبت المسمى ولو استأجرها ولم يشترط الزرع لم يكن له الفسخ وكذا لو اشترط الزراعة وكانت في بلاد تشرب بالغيث غالبا ولو انقطع الماء في الاثناء فللزارع الخيار ان زارع او

مع الخيار في صورة الجهل فليتأمل وقد تكلف الفاضل الشيخ علي الميسي فيما حكي عنه للجمع بين كلماتهم بحمل هذا التخيير على ما اذا كان للارض ماء يمكن الزرع والسقي به لكنه غير معتاد من جهة المالك بل يحتاج معه الى تكلف باجراء ساقية ونحوه وحمل المنع على ما اذا لم يكن لها ماء مطلقا ولعله هو الذي ذكرناه أخيرا (وفيه) انه مخالف لاطلاق كلامهم لانهم اقتصروا في الحكم بالجواز أي جواز المزارعة على امكان السقي بالماء من غير تفصيل وفي التخيير على عدم الامكان ولم يثبت ان الاحتياج الى كلفة يوجب التخيير كما لم يثبت ان اطلاقهم يقتضي كون الماء معتادا بلا كلفة كما ان الظاهر أن إحداث النهر والساقية ونحو ذلك لازم للمالك سواء كان معتادا أم لا وقد يجمع بانه سيأتي انه تجوز المزارعة مطلقا من غير تعيين وذلك يقضي بانه يجوز له أن يزرع ما لا يحتاج الى الماء فعدم الماء لا يستلزم عدم امكان الانتفاع الذي هو شرط في الصحة ولعله هو بعض ما اشرنا اليه في التأويل أولا وقال في (جامع المقاصد) ان قول المصنف لا مع العلم يريد به عدم بطلان المزارعة والاجارة للزرع مع العلم وهو صحيح على القول بجواز التخطي وحينئذ فلا شيء للمالك في المزارعة لعدم امكان الانتفاع الذي حصول الحصة المشترطة متوقف عليه اما في الاجارة فيجب المسمى لصحة الاجارة وعلى البطلان فلا يجب شيء انتهى فقوله فلا شيء للمالك في المزارعة ان أراد ان ذلك على تقدير عدم التخطي ولم يخط ففي لكنه خلاف الظاهر ويلزم حينئذ ان لا تجب اجرة المثل في الاجارة ولا المسمى وان اراد على تقدير جواز التخطي كما هو الظاهر فلا مانع من لزوم اجرة المثل كالمسمى في الاجارة بل قد يقال بلزوم الحصة فيما زرعه من المساوي أو الاقل ضررا فتأمل هذا وفي قوله زارعها مسامحة غير حسنة لانه لا معنى لمزارعة الارض والضمير في قوله له يعود الى الزارع ﴿ قوله ﴾ (لكن في الاجرة يثبت المسمى) قد تقدم الكلام فيه آنفا ﴿ قوله ﴾ (ولو استاجرها ولم يشترط الزرع لم يكن له الفسخ) كما في الشرائع والتذكرة والمسالك لانه اذا استأجرها مطلقا لا يقتضي ذلك انه يمكن زرعها لانه نوع من انواع الانتفاع ولا يشترط في استئجار شيء ان يمكن الانتفاع به في جميع الوجوه التي يصلح له ا امكان الانتفاع به معتادا وهنا يمكن الانتفاع بالارض المذكور في وضع حطبه ونزوله فيها وجعلها مراحا لابله أو غنمه أو نحو ذلك وفي (جامع المقاصد) انه يتشكل بما اذا كان الغالب على الارض أرادتها للزراعة فان المنفعة المطلوبة غير حاصلة (قلت) اذا كانت القلة بحيث يعد غيرها نادراً يحتاج الى قرينة فكذلك والا فمحل تأمل وحكمهم بعدم الفسخ يقتضي بان ذلك مفروض في غير المستأجر العالم بحالها لانه لا معنى لتوهم جواز فسخه بل انما تبطل اجارته أو تصح ﴿ قوله ﴾ (وكذا لو اشترط الزراعة وكانت في بلاد تشرب بالغيث غالباً) أي وكذا ليس له الفسخ لو شرطا الزراعة الى آخره وهذا ذكره المحقق أيضا لانهما لم يذكرا في بيان امكان الانتفاع ما اذا كانت تسقى بالغيث غالباً فاستدركا ذكره هنا كما نبهنا على ذلك هناك فكل من ذكر ذلك هناك فهو موافق لهما فكان الاحسن ان يقول وتصح الاجارة لو شرط الزراعة الى آخره ﴿ قوله ﴾ (ولو انقطع الماء في الاثناء فللزارع الخيار ان زارع أو استأجر له) أي اذا انقطع الماء الدائم في أثناء مدة المزارعة فللزارع

استأجر له وعليه اجرة ما سلف (متن)

مع الخيار ان كان العقد مزارعة فهو رجوع الى أصل الباب و بما في الكتاب صرح في الشرائع والتذكرة والتحرير والارشاد واللمعة والروض (١) والروضة وكذا جامع المقاصد وقد يكون هذا في عبارة الكتاب والشرائع تفريعا على قولها وكذا لو اشترط الزراعة الى آخره كما هو صريح التذكرة وعلى التقديرين لاتفاوت في الحكم وقد وجه ذلك في الروضة بطرو العيب قال ولا يبطل العقد لسبق الحكم بصحته فيستصحب والضرر يندفع بالخيار انتهى فتأمل فيه وبناه في جامع المقاصد على جواز التخطي وكأنه متأمل في ذلك حيث قال هذا بناء على ان المزارعة على مثل هذه الارض جائزة لامكان الانتفاع بها بغير ذلك بناء على جواز التخطي ولاترجيح في الكفاية والمفاتيح وقد مال صاحب الرياض الى البطلان حيث رماه بالضعف تارة و بالنظر أخرى (وقال في المفاتيح) قيل يبطل وقيل له الخيار قلت لم نجد قائلا بالبطلان ولعله استنبطه فى كلامهم فيما اذا زارع عليها ولاماء لها (وقال في مجمع البرهان) يجيء البطلان هنا على القول به فيما سلف فان وجود الماء على تقدير كونه شرطا شرط مادام الزرع محتاجا اليه بل يمكن ان يكون هنا أولى لعدم انتفاع آخر هنا فتأمل انتهى (قلت) الوجه في البطلان كما ذكر ظاهر وحمل كلامهم على جواز التخطي الذى لايقولون به بعيد جدا ولم يتضح وجه عدم البطلان على غيره أي التخطي ولا فرق في ذلك بين المزارعة عليها واستئجارها للزرع كما في الشرائع والتذكرة والتحرير لان عبارتها كعبارة الكتاب وبه صرح في جامع المقاصد ومجمع البرهان وليس كذلك لانه قد تقدم للمصنف وغيره أنه اذا تعذر الزرع لانقطاع الماء بالكلية ان الاجارة تنفسخ بنفسها الا ان يحمل كلامه هناك على أنه له الخيار لانه قابل لذلك لكنه في جامع المقاصد جزم هناك بالانفساخ ومال هنا أو قال بالخيار وقد نبهنا هناك على ما هنا ﴿ قوله ﴾ ﴿ وعليه أجرة ماسلف ﴾ كما في الشرائع والتذكرة والتحرير والارشاد واللمعة والروض والروضة لكن الثلاثة الاول ظاهرة أو صريحة في ان ذلك فيما اذا استأجرها أو زارع عليها بل يتعين الاول لقولها فيها و يرجع بما قابل المدة المتخلفة لان ذلك لايكون الا في الاجارة الا ان تقول بان هذا وحده ينصرف الى الاجارة وفي الارشاد وما ذكر بعده ان ذلك فيما زارع عليها اذ لم يتعرض فيها لما اذا استأجرها ولاترجيح في الكفاية لانه مازاد على قوله قال الفاضلان وقد صرح في التذكرة والارشاد واللمعة والروض (٢) والروضة ومجمع البرهان بأن ذلك فيما اذا فسخ وهو المراد من كلام الشرائع والتذكرة ووجهه في الروضة بانه انتفع بأرض الغير بعوض لم يسلم له وزواله باختياره الفسخ ثم قال و يشكل بان فسخه لعدم امكان الاكمال وعمله الماضي مشروط بالحصة لا بالاجرة فاذا فاتت بالانقطاع ينبغي ان لايلزمه شيء آخر نعم لو كان قد استأجرها للزراعة توجه ذلك وقد جزم في جامع المقاصد بالحكمين أعني اللزوم في الاجارة وعدمه في المزارعة وقد سمعت ما في الشرائع والتذكرة والتحرير من انه يرجع بما قابل المدة المتخلفة (قلت) لزوم ذلك أعني أجرة ماسلف فيما اذا استأجرها هو الموافق لما تقدم في الاجارة وقد تأمل في لزوم أجرة ماسلف في المزارعة في مجمع البرهان واستظهر عدم الفرق هنا بين المزارعة والاجارة في لزوم الاجرة وعدمها وقد خبط بعض المحشين على الروضة هنا خبطا ولا يخفى انه اذا كان انقطاع الماء في

---

(١) كذا في النسخة وليس في الروض مزارعة كما مر مرارا (مصححه) (٢) كذا في النسخة ايضا (مصححه)

(الرابع) الحصة ويشترط فيها امران العلم بقدرها والشياع فلو اهمل ذكرها بطلت وكذا لو جهل قدرها او شرطا جزأ غير مشاع بان يشترط احدهما النماء باجمعه له (متن)

المزارعة بعد امكان لانتفاع بالزرع بالفصل ونحوه وكان البذر من العامل كان القول بوجوب الاجرة عليه قويا كما انه لو كان البذر من المالك في هذه الصورة وأخذه فصيله لاوجه لاحتمال وجوب الاجرة على العامل وينبغي التأمل فيما عدا هاتين الصورتين واما اذا لم يفسخ فان حصل شيء فهو لهما والا فلا شيء لاحدهما على الآخر فليتدبر ﴿ قوله ﴾ (الرابع الحصة ويشترط فيها أمران العلم بقدرها والشياع) كما هو قضية كلام النهاية والخلاف والمبسوط وغيرها من كتب المتقدمين اذا لوحظ تمام كلامها وهو اي اشتراط الامرين صريح الوسيلة والغنية والسرائر والشرائع وجامع الشرائع والتذكرة والتحرير والارشاد والتبصرة والتنقيح وايضاح النافع والروض ومجمع البرهان وغيرها بل لا أجد في ذلك خلافا ولا تأملا الاما لعله قد يلوح من عبارة النافع واللمعة ونحوهما مما لم يذكر فيه التعيين أصلا لافي التعريف ولافي سلك الشروط ولا أبطلها بعدمه لان بعض ماحكينا عنه اشتراط التعيين لم يذكره في الشروط لكنه ذكره في التعريف وبعض أبطلها بعدمه ومالعله قد يلوح من المقنعة والمراسم وغيرهما مما قيل فيه ان المزارعة جائزة أو تجوز بالربع والثلث والنصف حيث لم يصرح فيها باشتراط الاشاعة فتأمل (قال في النافع) وشروطها ثلاثة ان يكون النماء مشاعا تساويا فيه أو تفاضلا ومثله قال في اللمعة ولعل ترك التعيين لظهور حاله لانه لاريب في اشتراطه واما اشتراط الشياع ففي الغنية والسرائر والتذكرة انه لاخلاف ممن أجاز المزارعة في بطلانها بعدمه وقد ينطبق عليه اجماع الخلاف وأخباره وفي (مجمع البرهان) لعل دليله الاجماع وانه المفهوم من الاخبار التي تدل على فعله صلى الله عليه وآله وسلم وفعلهم عليهم السلام وفي (الكفاية) انه المعهود من فعلهم عليهم الصلوة والسلام (وقال في الرياض) انه لاخلاف فيه بل عليه الاجماع في الغنية وغيرها وهو الحجة انتهى وقد سمعت مافي الغنية وغيرها وقد يستدل عليه بالاصل لان كانت المزارعة على خلاف الاصل لما فيها من جهالة العوض فيقتصر فيها على المتيقن من الاجماع والاخبار ففي الحسن الذي هو كالصحيح لاتقبل لارض بحصة مسماة ولكن بالنصف والثلث والربع والخمس ولا بأس به وقد جعله في مجمع البرهان دليلا مستقلا وفي الصحيح وغيره لابأس بالمزارعة بالثلث والربع والخمس ﴿ قوله ﴾ (فلو أهمل ذكرها بطلت وكذا لوجهلا قدرها) كما هو قضية كلام مشترطي التعيين وفي (التذكرة) الاجماع على بطلانها اذا لم يعين القدر لما فيه من الغرر كما اذا شرط أحدهما جزأ أو نصيبا أو شيئا أو بعضا وهو يدل على البطلان مع الاهمال بالاولوية العرفية ﴿ قوله ﴾ (أو شرطا جزأ غير مشاع بان يشترط أحدهما النماء بأجمعه) أي بطلت لان المنقول عن النبي صلى الله عليه وآله وسلم وأهل بيته صلوات الله عليهم انما ورد على الاشتراك في الحصة والامور الشرعية متلقاة عن النبي صلى الله عليه وآله وسلم فلا يجوز التجاوز عنها ولا يشترط تساويهما فيه بل يجوز ان يكون لاحدهما أكثر على حسب مايتفقان عليه ولا نعلم في ذلك خلافا كما صرح بذلك كله في التذكرة وهو قضية كلام مشترطي الشياع في الحصة وصريح الشرائع والارشاد ومجمع البرهان والكفاية والمفاتيح وغيرها ثم عد الى العبارة فان كان المراد بالنماء بأجمعه مازاد على البذر فلا مسامحة في عد ذلك جزأ وان كان المراد مجموع الحاصل بالزراعة كان هناك مسامحة ﴿ قوله ﴾

او يشترط احدهما الهرف والآخر الاقل أوما يزرع على الجداول والآخر في غيرها او يشترط احدهما قدراً معلوما من الحاصل كعشرة اقفزة والباقي للآخر ولو شرطا ان يكون الباقي بعد العشرة بينهما (متن)

﴿أو يشترط أحدهما الهرف والآخر الاقل وما زرع على الجداول والآخر في غيرها﴾ فهذا باطل بلا خلاف كما في موضعين من المبسوط و بلا خلاف بين العلماء كما في التذكرة وهو معنى ما في الغنية والسرائر أن لو عامله على وزن معين أو على مكان مخصوص من الارض أو ثمرة نخلات بعينها بطل العقد بلا خلاف بين من أجاز المزارعة والمساقاة ومحل الفرض قولهما على مكان مخصوص والبطلان في المثالين صرح في المهذب والشرائع والتحرير والارشاد وشروحه وجامع المقاصد والمسالك وغيرها(وقال في التحرير) لافرق بين ان يكون منفردا أو مع نصيبه (وقال في التذكرة) لو شرط أحدهما النصف وما يزرع على الجداول او شرط مع نصيبه نوعا من الزرع أوالاقل ففيه عندي نظر لكن المجوزين من العامة اتفقوا على بطلانه (قلت) وهو قضية الاصل بل قد يدعى انه يستفاد من الاخبار والظاهر ان المراد بالجداول الانهار كما يظهر من عبارة التذكرة قال او يشترط أحدهما ما على الجداول والسواقي وقد يراد بها الالواح من الارض التي تحف بجمع التراب حولها وفي(الوسيلة)عبارة ينبغي التنبيه عليها قال المزارعة صحيحة وهي ما اجتمع فيه شرطان الى آخره ومكروهه وهي العقد على كذا منا أو قفيزا من غيرما يخرج منها وفاسده وهي ماسوى ماذكرنا واذا كانت المزارعة فاسدة لزم أجرة المثل وسقط المسمى ان كان بالنصف أو الثلث أو مثل ذلك ولزم ان كان بالامنان والقفزان انتهى وهو غير جيد لان ماجعله مكروهاً ليس مزارعة وانما هو اجارة وقوله في الفاسدة يلزم بالامنان والقفزان غير صحيح لانه ان كانت مزارعة فاسدة فالواجب اجرة المثل وان كانت اجارة وسماها مزارعة فاسدة فكما قال ﴿قوله﴾ ﴿أو يشترط أحدهما قدرا معلوما من الحاصل كعشرة أقفزة والباقي للآخر ﴾ أي بطلت كما في التذكرة والتنقيح والروضة ويتناوله اطلاق لفظ الشيء في المبسوط وفقه الراوندي والمهذب حيث قيل فيها فالضرب الباطل هو أن يشترط لاحدهما شيئا بعينه ولم يجعله مشاعا وفي الاولين نفي الخلاف عن البطلان و يتناوله نفي الخلاف بين مجوزي المزارعة المحكي في الغنية والسرائر وقد سمعت عبارتيهما وهو قضية كلام مشترطي الاشاعة والمصنف لم يستشكل فيه فكأنه عنده مما لا خلاف فيه ولا اشكال ﴿ قوله ﴾ ﴿ ولو شرطا أن يكون الباقي بعد العشرة بينهما ﴾ أي بطل على اشكال ونحوه ما في التحرير حيث قال فيه نظر والمشهور البطلان كما في المسالك والكفاية والاشهر كما في المفاتيح و به صرح في جامع الشرائع والشرائع والتذكرة والارشاد والايضاح والتنقيح وجامع المقاصد والمسالك والروضة والروض (١) ومجمع البرهان وهو ظاهر اطلاق المبسوط وفقه الراوندي والمهذب والغنية والسرائر ونفي الخلاف في الاولين والاخيرين كما سمعته آنفا يتناول ذلك وقد نسبه اي المنع في جامع المقاصد الى الشيخ والقاضي وابن ادريس على البت الصريح أو الظاهر في التصريح لكنا لم نجده في شيء من كتبهم ولو كانوا مصرحين بذلك لصرح في المختلف قال منع بعض أصحابنا ان يشترط أحدهما شيئا من الحاصل والباقي يكون بينهما والوجه عندي الجواز وقد نص الشيخ وجماعة كابن البراج وابن ادريس

(١) كذا في النسخة و يأتي مثله كثيرا وقد عرفت الحال فيما مر مرارا (مصححه)

او شرطا اخراج البذر ولا باقي بينهما بطل على اشكال (متن)

وغيرهما على جواز اشتراط اخراج البذر أولا انتهى فتراه كيف استند في هذا ولم يستند في ذلك (وكيف كان) فالمجوز المصنف في المختلف ولا ثاني له فيما أجد الا ما لعله يظهر من الكفاية حيث نفى عنه البعد والبطلان قد يدعى أنه قضية كلام الوسيلة والنافع والتبصرة واللمعة بل والكافي بل والمقنعة والمراسم وغيرها مما صريحه أو ظاهره اشتراط الاشتراك في النماء ووجه البطلان ظاهر كما في مجمع البرهان (قلت) لانها على خلاف الاصل فيقتصر فيها على اليقين والمنقول المعهود وان ذلك مناف لوضع المزارعة لامكان أن لا يخرج من الارض الا ذلك القدر فيكون الحاصل مختصا باحدهما وقد وضعت على الاشتراك في الحاصل كائنا ما كان وقد يستدل عليه في جامع المقاصد بان العقود بالتلقي فما لم تثبت شرعيته يجب التوقف في صحته وفيه ما ستسمعه ولا فرق في ذلك بعد مخالفته وضع المزارعة بل واجماع الاصحاب بين كون الغالب أن يخرج منها ما يزيد على المشروط وعدمه ووجه الجواز أنه عقد فيجب الوفاء به والمؤمنون عند شروطهم وجوابه ان الجماعة ينفون كونه عقد مزارعة بل هو من العقود المخترعة واستند في الكفاية الى قوله سبحانه وتعالى الا أن تكون تجارة عن تراض (وفيه) أنه لا يستفاد منها الا الجواز مع المراضاة وذلك لا يستلزم اللزوم مع فقدها ولو بعدها فتأمل مع أنه مخصص بما مضى مع ما دل على النهي عن التجارة المتضمنة الغرر والجهالة ﴿ قوله ﴾ ﴿ أو شرطا اخراج البذر والباقي بينهما بطل على اشكال ﴾ ونحوه مافي التذكرة من عدم الترجيح والجواز خيرة النهاية والمهذب والسرائر واستحسنه في التحرير بعد ان تأمل فيه وهو لازم المختلف والكفاية وحكاه في المهذب البارع عن المبسوط ولم نجده فيه ولا حكاه عنه غيره والمشهور البطلان كما في المسالك والكفاية والاشهر كما في المفاتيح ونسبه في الايضاح الى كثير من الاصحاب وهو خيرة جامع الشرائع والايضاح والتنقيح وجامع المقاصد والمسالك والروضة والرياض وفي (التنقيح) ان عليه الفتوى وهو مما يتناوله اطلاق الشرائع وما ذكر بعدها آنفا بل هو مسوق له وتعليله منطبق عليه بل هما مسئلة واحدة (قال في الشرائع) ولو شرط احدهما قدرا من الحاصل وما زاد عليه بينهما لم يصح لجواز ان لا يحصل الزيادة (وقال في المسالك) في شرحه لافرق في ذلك بين كون القدر المشترط هو البذر وغيره بل مما يتناوله اطلاق المبسوط و فقه الراوندي والغنية والارشاد وشروحه فيكون داخلا تحت معقد في الخلاف في الفقه والغنية بل هو قضية كلام الوسيلة وما ذكر بعدها في المسئلة السابقة وادلتها هي ادلة المسئلة وبالجملة هي من سنخها كما جعلهما جماعة كذلك ويدل عليه ايضا ماورواه المشايخ الثلاثة في الصحيح عن السراد عن ابراهيم الكرخي قال قلت لابي عبد الله عليه السلام اشارك العلج المشرك فيكون من عندي الارض والبذر والبقر ويكون على العلج القيام والسقي والعمل في الزرع حتى يصير حنطة أو شعيراً وتكون القسمة فيأخذ السلطان حقه ويبقى ما يبقى على ان للعلج فيه الثلث ولي الباقي قال لا بأس بذلك (قلت) فلي عليه أن يرد علي مما أخرجت الارض من البذر ويقسم الباقي قال انما شاركته على ان البذر من عندك وعليه السقي والقيام ومعنى قوله عليه السلام انما شاركته الى آخره أنه ليس لك كما هو واضح لان كان وضع المزارعة على ذلك ولو كان له ذلك فلا أقل من ان يقول له لا بأس كما في الجواب الاول أو لا بأس اذا شرطت ذلك والضعف منجبر بالشهرة معتضدة بنفي الخلاف المتكرر المتناول لذلك ومن

ويجوز التفاضل في الحصة والتساوي ولو شرط احدهما شيئا على الآخر يضمنه له من غير الحاصل مضافا الى الحصة صح على رأي ﴿الفصل الثاني في الاحكام﴾ اطلاق المزارعة يقتضي تخيير العامل في زرع اي نوع شاء (متن)

الغريب اغفال الجميع الاستدلال به عدا المصنف في التذكرة وكيف كان فلا ينبغي التأمل في البطلان في المسئلة وقد وقع في عبارة النهاية والمهذب ماينبغي التنبيه عليه قالا فان كان شرط المزارع ان يأخذ بذره قبل القسمة كان له ذلك وان لم يكن شرط كان البذر عليه على ماشرط انتهى وهو متناقض أو كالمتناقض ولعلهما ارادا كان البذر على مقتضى شرط المزارعة ووضعها من الاشتراك في جميع الحاصل ﴿ قوله ﴾ ﴿ ويجوز التفاضل في الحصة والتساوي ﴾ نصا واجماعا كما في جامع المقاصد ولانعلم فيه خلافا كما في التذكرة وبه صرح في الشرائع والنافع والتحرير واللمعة والروضة وكذا المسالك وهو قضية كلام المقنعة والنهاية والمراسم والخلاف والمبسوط والكافي وفقه الراوندي والمهذب والسرائر وغيرها مما ذكر فيه جواز اشتراط الثلث والربع ﴿ قوله ﴾ ﴿ ولو شرط أحدهما على الآخر شيئا يضمنه له من غير الحاصل مضافا الى الحصة صح على رأي ﴾ هو خيرة الشرائع والتذكرة والايضاح واللمعة وجامع المقاصد والمسالك والروضة والكفاية والمفاتيح وفي الاربعة الاخيرة أنه المشهور وهو معنى ما في التحرير والارشاد والروض ومجمع البرهان من انه لو شرط أحدهما شيئا من غير الحاصل جاز اذ المراد مع الحصة وقد يكون ذلك معنى قوله في النهاية يكره أن يزارع الانسان بالحنطة والشعير وليس ذلك بمحظور فان زارع بشيء من ذلك فليجعله من غير مايخرج من تلك الارض مما يزرعه في المستقبل بل يجعل ذلك في ذمة المزارع ولعله أراد المزارعة الاجارة كما استظهرناه في أوائل الباب وكما سمعته عن الوسيلة فيما سلف ولعله الى مانحن فيه اشار في الكافي بقوله الثاني أن يحصل على مزارعته او مساقاته أجراً معلوما عينا أوورقا أو مكيلا أو موزونا متفصلا عن مقدار غلتها فيجب له ذلك متى وفى بشرط العقد هلكت الغلة أو سلمت انتهى وقد تقدم عن الشهيد الثاني وبعض ماتاخر عنه ان قرار ذلك مشروط بالسلامة (وقال في جامع المقاصد) ان ذلك مكروه لتصريح الاصحاب (قلت) المصرح بذلك هنا الشيخ في النهاية على أحد الاحتمالين ولعله نظر الى قولهم يكره ان يشترط مع الحصة شيئا من ذهب أوفضة لانظاهر جماعة وصريح آخرين انهما من سنخ واحد وقد ذكرنا هذه المسئلة هناك واستوفينا الكلام في الادلة والاقوال والفروع

﴿ الفصل الثاني في الاحكام ﴾

﴿ قوله ﴾ ﴿ اطلاق المزارعة يقتضي تخيير العامل في زرع أي نوع شاء ﴾ كما في الغنية والسرائر والشرائع والنافع والتذكرة والتحرير والارشاد والتبصرة والروض والمسالك والروضة ومجمع البرهان والكفاية والمفاتيح والرياض والحدائق والظاهر انه هو معنى ما في المقنعة والمراسم من قولهما فيهما ان شرط زراعة ما شاء كان له ذلك وبمثله صرح الشيخ في المبسوط في الاجارة وغيره وظاهر الغنية أو صريحها الاجماع عليه وفي (الكفاية والرياض) انه الاشهر وزاد في الاخيران عليه عامة من تأخر وقال في (التذكرة) ويحتمل قويا وجوب التعيين لتفاوت ضرر الارض باختلاف جنس المزروعات وقال في (جامع المقاصد) انه الاصح ولم يقل به أحداً قبله ولا بعده وقد صرح بأن التخيير للعامل في الغنية والسرائر والنافع والتذكرة وغيرها وهو ظاهر الشرائع والتحرير والارشاد وغيرها بل هو صريحها

وظاهر جماعة كما هو صريح آخرين منهم المصنف في التذكرة وغيره ان ذلك اذا كان البذر منه وزرع العامل (قال في التذكرة) اذا أطلق المالك المزارعة زرع العامل ما شاء ان كان البذر منه وزرع المالك ماشاء ان كان البذر منه والمراد بالاطلاق في كلامهم ترك التعيين سواء كان بما يدل على العموم وضعا أو بما يدل على الفرد المنتشر وضعا فان كان الاول فدلالته على زرع ما شاء ظاهرة مسلمة مجمع عليها وان كان الثاني فقد استدل المحقق الثاني والشهيد الثاني على ان الاطلاق يقتضي التخيير بان المطلق يدل على الماهية من حيث هي وكل فرد من أفراد الزرع يصح أن يوجد المطلق في ضمنه وتبعهما على ذلك جماعة وقالوا وأولى منه لو عمم الاذن لدلالته على كل فرد فرد ثم انه في جامع المقاصد لم يرتضه وفرق بين الاطلاق والتعميم بان الاطلاق انما يقتضي تجويز القدر المشترك بين الافراد ولا يلزم من الرضا بالقدر المشترك الرضا بالاشد ضررا من غيره اذ ليس في اللفظ اشعار بذلك الفرد ولا دلالة على الاذن فيه والرضا بزيادة ضرره لان الرضا بالقدر المشترك انما يستلزم الرضا بمقدار الضرر المشترك بين الكل ولا شيء يدل على الرضا بالزائد فلا يتناول المتوسط أو الاشد بخلاف العام فانه دل على الرضا بكل فرد ولما لم يكن للفظ دلالة على الاقل ضررا ولمتوسط تطرق التردد ورده في المسالك بان المطلق لما كان هو الدال على الماهية بلا قيد صح وجوده في ضمن المفرد والمثنى والمجموع وغيرها على ما حقق مع ان لوازمها مختلفة ولذلك حكموا بان الامر بالمطلق كالضرب مثلا يتحقق امتثاله بجزئي من جزئياته كالضرب بالسوط والعصا ضعيفا وقويا ومتوسطا حتى قيل ان الامر به أمر بكل جزئي أو اذن بكل جزئي والمراد بالقدر المشترك على هذه التقديرات المعنى المصدري أو نفس الحقيقة المشتركة بين الافراد لا تلك اللوازم اللاحقة لها وهي في مسئلتنا الزرع الصالح لكل فرد من أفراد المزروعات لانها مشتركة في هذا وان لم تشترك في الضرر وغيره انتهى (ونحن نقول) في كلاميهما معا نظر اما كلام المسالك فانه انما يتم اذا تساوت افراد الماهية في التبادر والغلبة كما حرر في محله وطفحت به عباراتهم في باب الفقه فان غلب فرد باعتبار ذلك الوقت وتلك الارض تعين وان تساوت تخير والا فالاولى مراعاة مصلحة المالك أو مصلحتهما كما في اطلاق الوكالة وسائر العقود أما الثاني ففيه (أولا) ان ليس المراد بالعموم معناه المتعارف بمعنى انه يدل على كل فرد على وجه الاجتماع بل المراد منه هنا ما يراد من المطلق وهو الفرد المنتشر على سبيل البدلية والمشية فيتحقق الامتثال وبراءة الذمة في صورة الاطلاق والعموم بالاتيان بواحد من أفراد الماهية أي واحد كان بل المتبادر من هذه الاطلاقات في مثل هذه الامور العموم بهذا المعنى فهو من هذه الجهة ليس أولى من المطلق بل من حيث التصريح بما يشمل الافراد (وثانيا) انه يلزم من كلامه في جامع المقاصد أن لا يجوز التكليف بالامر الكلي الامع البيان اذ لو أراد فردا معينا يلزم الاجمال والتكليف بالمحال وان لم يرد الفرد المعين ولا الامتثال باي فرد كان امتنع الخطاب به من الشارع عقلا وشرعا (وثالثا) ان قضية كلامه اولا انه يتعين أقل الافراد ضررا حيث قال ان الاطلاق لا يتناول المتوسط والاشد لكن قوله لما لم يكن في اللفظ دلالة عليه تطرق التردد ينافيه فليتأمل فيه لانه يمكن الجواب عنه (ورابعا) انه يجوز للمالك أن يزرع في أرضه الآخر بلا ريب فله أن يعطيها لغيره ليزرعها كذلك باجرة وغيرها (وخامسا) انه في ظاهره وافق لاصحاب في انه يجوز الاطلاق في اجارة الارض للزراعة ويتخير المستأجر في زرع أي نوع شاء (وسادسا) انه خرق للاجماع البسيط سلمنا لكنه لا ريب في شذوذه (وسابعا) ان التعيين الذي أوجبه خوفا من

ويتعين بالتعيين فان زرع الاضر فللمالك الخيار بين المسمى مع الارش وبين اجرة المثل (متن)

الغرر حاصل على جميع الاحتمالات لان كلا من العموم والاطلاق متساوي الافراد في حكم التعيين من حيث دخول جميع الافراد فيهما على البدلية والمشية عموما في الاول واطلاقا في الثاني فكان المالك في اطلاقه وتعميمه قادما على أضر الانواع وأما الاطلاق عند عدم تساوي الافراد بان كان الاضر ارجح أو بالعكس فان قلنا بتعيين الراجح كما قدمنا كان متعينا وان قلنا بعدم تعيينه وصرف الحكم الى الافراد جميعاً مطلقاً أو في خصوص المقام لمكان الاجماع المعلوم أو المنقول في الغنية لان الدليل يجري مجرى الرجحان الموجب للتعيين كان التعيين أيضا حاصلا فعلى كل تقدير لم تعدم التعيين الموجب فقده للغرر ولعل التخيير في كلام الجماعة مبني على تساوي الافراد في الزراعة (نعم) قد يقال هناك غرر من وجه آخر لانهم منعوا من قوله بعتك هذا بما أردت و بما اعطيت فليمنع من قوله ازرع ما شئت كما نبه عليه في مجمع البرهان وقال قد يفرق بالنص والاجماع (قلت) لعل الوجه في ذلك ان المزارعة مبنية على الغرر كالاجارة كما تقدم فتحملان من الجهالة ما لا يحمله البيع (وليعلم) أنه قال في الرياض ان ظاهر الغنيـة الاجماع عليه وهو الحجة وهو لا يتم الا عند من يقول ان كل ظن المجتهد حجة والا فالحجة الاجماع لا ظهوره ﴿قوله﴾ ﴿ويتعين بالتعيين﴾ ولم يجز المخالفة ذلك اجماعا كما في الغنية و بلا خلاف كما في الرياض و بصرح في المقنعة والمراسم والنهاية والمهذب والوسيلة والغنية والسرائر وجامع الشرائع والنافع والتذكرة والتبصرة والارشاد واللمعة وجامع المقاصد والروض والمسالك والروضة ومجمع البرهان وسائر من تأخر الى الرياض اذ في المقنعة وأكثرما ذكر بعدها لو عين لم يكن للزراعة غيره ولم يجز تعديه لم تجز مخالفته و بعضها كالكتاب و بعضها يعطي ذلك بالمفهوم كالنافع والتبصرة والارشاد وظاهر اطلاق المعظم كما هو صريح جماعة انه لا يجوز التعدي لا الى المساوي ولا الى الاقل وقد استشكل المصنف في جواز التعدي في اجارة الكتاب فيما اذا استأجرها لزرع معين وجوز التعدي هناك في التحرير خاصة كما حررناه هناك وستسمع ما في الشرائع والتذكرة والتحرير واللمعة ور بما احتمله عبارة المبسوط وقد بينا ان عدم الجواز هناك أشبه فبالاولى أن لا يجوز هنا لان التعدي في الاجارة الى الاخف نفع محض للمالك لان المدار على الاجرة وهي حاصلة بخلاف ماهنا فان المدار على الحصة ور بما تفاوتت الانواع باعتبار ا كثرية الحاصل أو القيمة أو تعلق غرض المالك بكونها من النوع المعين فبالتخطي يفوت نفع المالك وغرضه والتعيين في كلامهم يشمل الشخص كهذا الحب أو الصنف كالحنطة الفلانية أو النوع أو الجنس أو كون الارض لا تزرع الا الحنطة مثلا ﴿قوله﴾ ﴿فان زرع الارض فللمالك الخيار بين المسمى مع الارش و بين أجرة المثل﴾ كما في الشرائع والتذكرة والتحرير و الارشاد والروض والكفاية وظاهر الشهيد في اللمعة التوقف حيث نسبه الى القيل وخالف المحقق الثاني فاوجب أجرة المثل ووافقه الشهيد الثاني في كتابيه والمقدس الاردبيلي والكاشاني وشيخنا صاحب الرياض وجه التخيير ان مقدار المنفعة المعقود عليها قد استوفي بزيادة في ضمن زرع الآخر فيتخير بين الفسخ لذلك فيأخذ الاجرة للزرع لوقوعه اجمع بغير اذنه لانه غير المعقود و بين أخذ المسمى في مقابلة مقدار المنفعة المعينة مع أخذ الارش في مقابلة الزائد الموجب للضرر (وفيه) أنه لا معنى لاخذ المسمى لان الشرط هو نصف الحنطة مثلا فكيف يأخذه من الذرة ولم يتضح لنا وجه التخيير كما لم يتضح لنا وجه تعيين اجرة المثل اذ المزارعة عقد لازم وتعدى العامل

ولو زرع الاخف تخير المالك بين الحصة مجانا وأجرة المثل ولو شرط نوعين متفاوتين في الصور افتقر الى تعيين كل منها (متن)

لا يقتضي الفسخ حتى تتعين أجرة المثل أو يتخيرينها و بين المسمى بل الواجب أخذ مثل المسمى بان يخرص بحسب التخمين و يقال لو كانت مزروعة حنطة لكان نصفها قفيزا فيأخذ منه قفيزا من حنط وان كان قد زرعها ذرة مع الارض ولعل المحقق والمصنف ومن وافقهم ارادوا ذلك من المسمى بان يكونوا أرادوا أنه حنطة مثل المسمى وعوضه وان ابيت عن ذلك قلنا يتعين أخذ أجرة المثل ويفسخ العقد المالك أو ينفسخ بنفسه فتأمل بل يحتمل أنه يجب له أكثر الامرين من أجرة المثل ومثل المسمى وأما العامل فله المنفعة التي حصلت ﴿ قوله ﴾ ﴿ ولو زرع لاخف تخير المالك بين الحصة مجانا وأجرة المثل ﴾ هذا من متفردات الكتاب اذ في الشرائع والتذكرة والتحرير واللمعة لو كان أقل ضرر جاز ومن الغريب ما في المسالك حيث نسب ما في الكتاب الى كتب المصنف واختير في في جامع المقاصد والمسالك والروضة ومجمع البرهان ثبوت اجرة المثل وظاهر الكفاية والمفاتيح التوقف وقد عرفت وجه التخيير وما فيه كما عرفت الوجه في أجرة المثل وما فيه ووجه الجواز ان رضا المالك بزرع الآخر يقتضي الرضى بالاقل ضررا بطريق أولى (وفيه) انه ربما كان غرض المالك الانتفاع بالزرع لا مصلحة الارض فانه المقصود الذاتي ولا شك ان الاغراض تختلف في أنواع الزرع فربما كان غرضه في الاشد ضررا من جهة نفعه أو الحاجة اليه وان تضررت الارض به نعم يجري ذلك في اجارة الارض لزرع نوع فان العدول الى زرع الاخف متجه لان الغرض تحصيل الأجرة خاصة وهي حاصلة مع تخفيف الضرر عن ارضه (وليعلم) انه قد وقع في الشرائع والتذكرة والتحرير واللمعة انه ان عين لزرع لم يجز التعدي وانه لو كان أقل ضررا جاز وهاتان العبارتان متنافيتا الظاهر الا أن يقال ان زرع الاقل ليس تجاوزا ولا تعديا عند هؤلاء ﴿ قوله ﴾ ﴿ ولو شرط نوعين متفاوتين في الضرر افتقر الى تعيين كل منهما ﴾ كما في الارشاد وجامع المقاصد والروض ومجمع البرهان وفي (الشرائع والتحرير والتذكرة) انه لو شرط الغرس والزرع افتقر الى تعيين مقدار كل واحد لتفاوت ضررهما قالا وكذا لو استأجر لزرعين أو غرسين مختلفي الضرر غير انه فى الاخير لم يصرح بالمقدار لكنه مراد فيه وفى عبارة الكتاب والارشاد وان كان كل في باب لان النوعين معينان في أنفسهما فلا بد أن يراد مقدارهما وقد عبر عما في الشرائع والتذكرة والتحرير في الكفاية بقوله قالوا وكانه في غير محله وتعيين المقدار فى البابين يكون بالكيل أو الوزن و بتعيين الارض مثل ازرع هذه القطعة حنطة وهذه شعيراً وقد قتصر في الروض (١) فى تفسير عبارة الارشاد على الاخير ومفهوم قولهم في البابين متفاوتين في الضرر مختلفي الضرر أنهما لو لم يكونا كذلك لم يجب التعيين ونفى عنه البعد في جامع المقاصد (وقال في مجمع البرهان) يوحي به أيضاً لان الغرض الاصلي هو الحصة وقوى فى المسالك الصحة مع الاطلاق وعدم التعيين في الاجارة وحمل الاطلاق على جعل كل واحد منهما في نصف الارض كما هو الشأن في نظائره من انواع الشركة اذ الاصل فيها التنصيف لعدم الترجيح وتزيد المزارعة على الاجارة بانها مبنية على المسامحة حيث جوزوا فيها الحصة الغير المعلومة لاحتمال عدم حصول شيء أصلا والحاصل على تقدير

(١) كذا في النسخة ولعل الصواب الرياض فليراجع (مصححه)

والمزارع ان يشارك غيره (متن)

المحصول غير معلوم وقد احتمله في مجمع البرهان وهناك وجه آخر ماأحسن اعتباره لكنه بعيد عن العبارة وهو أنه لو شرط نوعين على طريق البدل وجب التعيين اذا لم يكن ذلك على طريق التخيير بينهما

﴿ قوله ﴾ ﴿ والمزارع أن يشارك غيره ﴾ كما في النهاية والمهذب والوسيلة والشرائع والنافع والتذكرة والتحرير والارشاد والتبصرة واللمعة وجامع المقاصد والروض والمسالك والروضة ومجمع البرهان والمفاتيح والكفاية ولعله معنى مافي الغنية والسرائر اذا كان العقد مطلقا جاز له أن يولي العمل لغيره وظاهر الغنية الاجماع عليه وفي (الكفاية) انه المشهور قلت لانجد في ذلك خلافا وبعض ماخلى عنه من كتبهم كجامع الشرائع يفهم من أنه يجوز للعامل ان يزارع عليها غيره فبالاولى ان يجوز له عنده المشاركة والتفصيل الآتي لا أثر له فيما نجد والوجه فيه انه قد ملك المنفعة فكان له نقلها ونقل بعضها الى غيره وقد قالوا جميعا في الكتب المذكورة عدا اللمعة أنه لا يتوقف على اذن المالك كما تسمع التصريح بذلك ايضا في المزارعة عليها لانه لاحق له في المنفعة وقضية اطلاقهم انه يجوز له تسليم الارض بدون اذنه كما رجحناه في الاجارة لان الاذن في الشيء اذن في لوازمه مؤيداً بصحيحة علي ابن جعفر وفي (جامع المقاصد والمسالك والروضة وكذا مجمع البرهان) لا يجوز له تسليمها بدون اذنه (وقال في الكفاية) قالوا لايجوز تسليمها الى آخره وليس في محله وحكى في المسالك عن بعضهم انه شرط في مزارعة غيره ومشاركته كون البذر منه ليكون تمليك الحصة منوطا به (قال في المسالك والروضة) وبه يفرق بينه و بين عامل المساقاة حيث لم يجز له ان يساقي غيره(وقال في الروضة) وهذا يتم في مزارعة غيره لافي مشاركته (قلت) الظاهر عدم الفرق بين المشاركة والمزارعة في الجواز والعدم لانه كما يجوز له على مذاقه حيث يكون البذر منه تمليك جميع الحصة في المزارعة أو بعضها نظراً الى انه يناط بالبذر كذلك يجوز له تمليك بعض الحصة في المشاركة (فان قلت) المشاركة لاتكون عنده الا بعد ظهور الزرع وصحة تقويمه فلا يحتاج الى ان تناط بالبذر والمزارعة تكون في الابتداء فلابد ان تناط بكون البذر منه (قلت) تعليلهم جواز المشاركة بانه ملك المنفعة فكان له نقلها ونقل بعضها الى من شاء يقضي انه لافرق بين ان يكون في ابتداء المزارعة أوفي أثنائها عند الظهور لان الملك المتنمة انما هو العقد الواقع لا الظهور وهذا يحتاج الى بيان الفرق بين الجواز في المزارعة دون المساقات ومافرق به في الروضة بقوله ويمكن الفرق بينهما بان عمل الاصول في المساقات مقصود بالذات كالثمرة فلا يتسلط عليه من لايسلطه عليه بخلاف الارض في المزارعة فان الغرض فيها ليس الا الحصة فللمالك ان ينقلها الى من شاء جيد لكنه ابطله بقوله لايجوز له تسليم الارض الا باذن مالكها ثم ان هذا القول لايكاد يتم في بعض صور المزارعة كما هو واضح جدا لمن تأمل فهذا القول غير تام خصوصا على مختار صاحب المسالك في الارض الخراجية لانه لايصح عنده المزارعة عليها الا ان يكون مالكا لها أو يتحيل عليها بأن يستأجر من الآخر نصف عمله وعوامله بنصف البذر واذا كان مبذورا تحت الارض لم يخرج لايصح ان يكون اجرة بل ولا يصح الصلح عليه وقد تبع صاحب المسالك على حكاية هذا القول المقدس الاردبيلي والكاشاني وصاحب الرياض وكان الاولى بهم حكاية نقله على انا تتبعنا كتب الاصحاب من المقنع الى المسالك فلم نجد أحدا حكاه ولا نقل حكايته من الخاصة والعامة ولم يذكره في الروضة بعنوان القول ثم ان بعضهم

وان يزارع غيره وان لم يأذن المالك نعم لو شرط الاختصاص لم يجز المشاركة ولا المزارعة (متن)

حكاه في خصوص المزارعة و بعضهم فيهما (وكيف كان) ففي مجمع البرهان ان عموم الادلة وتسلط الناس على أموالهم وتملك الحصة والمنفعة مع العمل وعدم ظهور مانع تقييد الجواز في المزارعة والمساقاة الا ان يكون اجماع في المساقاة أونحوه (قلت) الظاهر منهم في المساقاة عدم انعقاد الاجماع لان المصرح بعدم الجواز قليل كما ستعرف ان شاء الله تعالى وليس لهم عليه حجة واضحة كما ستسمع وفي (التذكرة وجامع المقاصد والمسالك) ان المراد بالمشاركة ان يبيع بعض حصته له بشيء معلوم من ذهب أو فضة ونحوهما مستندين في ذلك الى مقطوعة سماعة وقالا انه لا بد من رعاية شرائط البيع من وجود الزرع وظهوره بحيث يمكن تقويمه وشراؤه (وفيه) ان تعليلهم السابق يقضي بجواز غير ذلك وان ظاهر العبارات كما في مجمع البرهان أعم من ذلك بل غير ذلك مع ماستسمعه من الخبر وهو بريء منهم فاما فهم منهم ان المراد من مشاركة غيره ان يعمل معه العمل المشترط بعوض وغير عوض بل هو صريح الوسيلة والتبصرة قال في الاول يجوز للعامل ان يأخذ شريكا يعمل معه وفي الثاني يجوز أن يزرع بنفسه و بغيره و بالشركة ومثلها ما في النافع له أن يزرع بنفسه و بغيره ومع غيره واطلاق كلامهم كما في مجمع البرهان يتناول ما اذا كان بعوض و بدونه كما اذا كان وكيلا متبرعا بل يتناول ما اذا كان العوض جزءاً من حصته فيرجع حينئذ الى المزارعة فليتأمل ويتناول ما اذا كان عمل الشريك على طريق الاجرة فليلحظ واما الخبر الذي استند اليه فهو موثق في الكافي والفقيه والتهذيب كل في طريقه ليس بمقطوع ففي (الكافي والتهذيب) قال سألته عن المزارعة فقلت الرجل يبذر في الارض مائة جريب أو اقل أو أكثر طعاما او غيره فيأتيه رجل فيقول له خذ مني ثمن نصف هذا البذر الذي زرعته في الارض ونصف نفقتك عليه واشركني فيه قال لا بأس (قلت) فان كان الذي يبذر فيه لم يشتره بثمن وانما هو شيء كان عنده قال فليقومه قيمة كما يباع يومئذ ثم ليأخذ نصف الثمن ونصف النفقة وليشاركه (وقال في الفقيه) سأله سماعة عن الرجل يزارع ببذره في الارض مائة جريب من الطعام أو غيره ثم يأتيه رجل آخر فيقول خذ مني نصف بذرك ونصف نفقتك في هذه الارض واشاركك قال لا بأس بذلك ولا يخفى ان هذا أحد أنواع المشاركة ولا تقصرها على ذلك ثم ان الخبر مشتمل في ظاهره على مالا يقولون به ﴿ قوله ﴾ ﴿ وان يزارع غيره وان لم يأذن المالك ﴾ كما صرح به في جميع الكتب المذكورة في مسألة المشاركة عدا النهاية والمهذب والوسيلة وجامع والشرائع فانه قد يفهم منها ذلك (قال في النهاية) وان زارع الارض على ان يكون المزارع يتولى زراعتها بنفسه لم يجز لغيره اذ مفهومه أنه اذا لم يزارعه على ذلك والطلق جاز له أن يعطيها لغيره وليس في اللمعة وان لم يأذن المالك وقد سمعت عبارتي الغنية والسرائر فانهما قد تكونان انما سيقتا لذلك أو لهما معا كما قد سمعت ان ظاهر الغنية الاجماع وقد قال في الكفاية انه المشهور وقد سمعت ما حكاه في المسالك عن بعضهم واما لم نجده ودليل المشاركة عليها هو دليل المزارعة عليها وقضية اطلاقهم هناك هو قضيته هنا ومن لم يجوز التسليم هناك من دون اذن المالك لم يجوزه هنا وقد يكون المراد من عبارة الكتاب وغيرها وان لم يأذن المالك في المشاركة والمزارعة والتسليم كما فهمه بعض المحشين ﴿ قوله ﴾ ﴿ نعم لو شرط الاختصاص لم يجز المشاركة ولا المزارعة ﴾ قال في (الغنية) وان شرط عليه العمل بنفسه وان يزرع شيئا بعينه لم يجز له مخالفة ذلك بدليل اجماع الطائفة

وخراج الارض ومؤنتها على المالك الا ان يشترطه على العامل (متن)

ومثله مافي المفاتيح والرياض قالا لو شرط عليه العمل بنفسه لم يجز له التعدي اتفاقا وبها في الغنية صرح في المهذب والسرائر والشرائع والنافع والتذكرة والتحرير والارشاد واللمعة وجامع المقاصد والروض والمسالك والروضة ومجمع البرهان والكفاية ولا يرد ان ذلك يقتضي منع المالك من التصرف في ماله لان ذلك حيث لا يعارضه حق غيره كما هو الشأن في الراهن والمفلس والمؤجر ونحو ذلك ﴿قوله﴾ ﴿ وخراج الارض ومؤنتها على المالك الا أن يشترطه على العامل ﴾ كما في المهذب والشرائع والتذكرة والتحرير وجامع المقاصد والمسالك والمفاتيح وهو قضية كلام النهاية أو صريحها وقد ذكر في الكافي والغنية والسرائر والارشاد والتبصرة واللمعة والروضة ومجمع البرهان والكفاية ان الخراج على المالك الا أن يشترطه على الزارع ولم يتعرض فيها لذكر المؤنة واقتصر في الوسيلة على ذكر المؤنة ولعله ادرج الخراج فيها وصرح في المقنعة والنهاية والمراسم والمهذب في باب المساقاة بان الخراج على صاحب النخل الا ان يشترطه على المساقي ومثله مافي الكافي في المزارعة والمساقاة معا وقد ذكر مثل ذلك في المساقاة في الغنية والسرائر أيضا من دون ذكر المؤنة و يأتي في مساقاة الكتاب والشرائع وجامع المقاصد والمسالك والروضة ومجمع البرهان ان الخراج على المالك الا أن يشترطه على العامل او عليهما وفي مساقاة الارشاد واللمعة ان الخراج على المالك الا مع الشرط وفي مساقاة المبسوط وجامع الشرائع والتبصرة ان على المالك الخراج ولعلهم ارادوا الا مع الشرط ولعلهم يتأملون في اشتراطه على العامل اذ قد لا يحصل شيء أصلا وقد لا يحصل من ذلك تمام ذلك المقدار وهو ضرر عظيم وغرر كثير الا أن يكون ذلك مع ظن كون حصته أكثر على تأمل أيضا لكنه يرد التبصرة انه لا فرق بين المزارعة والمساقات وقد قال في المزارعة ان الخراج على المالك الا مع الشرط نعم لا شبهة في اشتراط كونه من الحاصل لان مثل هذا الغرر مغتفر وقد استدل على عدم ضرر هذا الغرر في مجمع البرهان بالنص والاجماع وقال انه لا شبهة فيه وحيث شرط أو بعضه على العامل يجب أن يكون معلوم القدر كما صرح به في مساقات جامع المقاصد والمسالك ووجهه ظاهر وفي (النهاية) فان شرط ذلك يعني الخراج وكان مقدرا معينا وزاد السلطان على الارض كانت هذه الزيادة على صاحب الارض المزارع وبذلك صرح في المهذب والسرائر في مقام آخر والنافع والتذكرة والتحرير والمسالك والروضة وبه صرح في الوسيلة في المؤنة لان الشرط لم يتناولها أي الزيادة وزاد في المسالك انها غير معلومة فلا يمكن اشتراطها (وقال في الكفاية) ان صحيحتي داود بن سرحان عن ابي عبد الله عليه السلام و يعقوب بن شعيب عن ابي عبد الله عليه السلام تدلان على ان مثل هذه الجهالة مغتفرة غير ضارة ففي (الاولى) في الرجل يكون له الارض عليها خراج معلوم وربما زاد وربما نقص فيدفعها الى رجل على ان يكفيه خراجها ويعطيه مائتي درهم في السنة قال لا بأس ومثله الاخرى وغيرها وستسمع تمام الكلام في ذلك (وكيف كان) فالاجماع معلوم على ان خراج الارض على مالكها وفي (مجمع البرهان) ان الحكم معلوم وهو في معنى الاجماع وهو المستفاد من أخبار الباب ونحوه المؤنة التي يتوقف عليها العمل ولا تتعلق بنفس العمل كاصلاح النهر والحائط واقامة الدولاب وضابطها مالا يتكرر كل سنة لانها من متممات الارض دون مافيه صلاح الزرع وبقاءه مما يتكرر كل سنة كالحرث والسقي وآلاتهما وتنقية النهر وحفظ الزرع وحصاده فان ذلك كله على العامل

لانه من جملة العمل كما فصلوه في المساقاة كما يأتي محررا و بذلك صرح هنا في المسالك وكذا جامع المقاصد وعليه نبه في النهاية والمهذب والغنية والسرائر وغيرها ووجه كون الخراج والمؤنة كلا أو بعضا مع الاشتراط (عليه ظ) ظاهر ويجمع عليه ايضا تحصيلا والدليل على ان زيادة السلطان على صاحب الارض مارواه الشيخ بسنده عن سعيد الكندي قال قلت لابي عبد الله عليه السلام اني أجرت قوما أرضا فزاد السلطان عليهم فقال اعطهم فضل مابينهما قلت أنا لم أظلمهم ولم أرد عليهم قال انهم انما زادوا على أرضك والخبر وان كان ضعيفا لمكان جهالة سعيد وضعف غيره الا انه قد انجبر بعمل من عرفت من المتقدمين والمتأخرين وفيهم من لايعمل الا بالقطعيات ومع ذلك قد اشتمل على علة مناسبة للحكم وقد توهم الراوي انه مخالف للقواعد فأجابه الامام عليه السلام ان الزيادة في الواقع على الارض لاعلى القوم والتعليل يقتضي ان مايضرب على الدور والنخل في هذه الازمان يكون على أرباب الدور والنخيل لا على السكنة المستأجرين ولا على مشتري ثمرة النخيل وفي (الرياض) انه مخالف للقواعد ولا جابر له فيشكل الحكم به وهو في غير محلهما بل هما عجيبان واما ماناقش به صاحب الكفاية صاحب المسالك وتحذلق به صاحب الحدائق (فيه) ان المراد من نفي البأس في الخبرين وغيرهما انما هو بيان الجواز المطلق الذي لايلزمه اللزوم الذي هو المطلوب ففي الصحيح عن القوم يدفعون أرضهم الى رجل فيقولون كلها وادّ خراجها قال لابأس اذا شاؤا ان يأخذوها أخذوها ثم لودلت هذه الاخبار على نفي البأس عنها وان ذكرت في العقد اللازم كما هو الشأن في الحكم لزوم كثير من الشروط في العقود اللازمة ثم ماذكرت (وعساك تقول) انه يكفي اطلاق نفي البأس المتناول لماوقع الشرط في عقد لازم ولما لم يقع (لانا نقول) لاينبغي الخروج عن القواعد المعلومة بمثل هذه الاطلاقات الموهومة المحمولة على الاباحة والمماطلة على المختار و لا في هذه الاخبار مايدل على جواز كون الاجرة مجهولة في عقد الاجارة لا ماد ل على جواز اجارة الارض بما عليها من الخراج قل أو كثر ولا يقول به منا أحد وما استند اليه في الكفاية دل على جواز الشرط المجهول في عقد الاجارة عنده ففي خبر ابراهيم بن ميمون قال سألت أبا عبد الله عليه السلام عن قرية لاناس من أهل المدينة لا أدري أصلها لهم أم لا غير انها في أيديهم وعليها خراج فاعتدى عليهم السلطان فطلبوا الي فاعطوني على ان اكفيهم السلطان بما قل أو كثر فضل لي بعد ذلك فضل بعد ماقبض السلطان ما قبض قال لابأس بذلك ما كان من فضل ومثله خبر أبي الربيع ومثله صحيح داود بن سرحان المتقدم آنفا وهي ظاهرة في جهالة مال الاجارة اذ ليس لهذه الاخبار محمل على غير الاجارة فلا بد من تنزيلها على معاطاتها و يشهد لذلك خبر داود حيث جعل الخيار لاهلها وقد ذكر جماعة منهم أبو الصلاح والقاضي وابن زهرة ان خراج الارض المتقبلة على المتقبل (و بقي هاهنا) يجب التنبيه عليه لمكان الاختلاف فيه ومسيس الحاجة اليه وهو انه قال في المسالك انه استفيد من حقيقة المزارعة ومن صيغتها ان المعقود عليه هو الارض المملوكة وانه لاتشرع المزارعة بين المتعاملين اذ لم تكن الارض ملكا لاحدهما كما في الارض الخراجية ثم ذكر لصحة المزارعة على الارض الخراجية وجوها من الحيل وظاهره أنه لابد من ملك رقبتها وأول من ناقشه في ذلك المقدس الاردبيلي وتبعه على ذلك الفاضل الخراساني والمحدث البحراني وشيخنا صاحب الرياض فقالوا يكفي ملك المنفعة والاولوية الحاصلة في الارض الخراجية من سلطان الجور ومن الاحياء ان لم نقل بكونه مفيدا للملك مستندين الى الاخبار الدالة على جواز تقبيل الارض الخراجية للزراعة كصحيحة الحلبي عن أبي عبد الله عليه السلام وقال سألته

عن مزارعة أهل الخراج بالربع والثلث والنصف قال لا بأس ومثلها صحيحة يعقوب بن شعيب وصحيحة معوية بن عمار وغيرها (ونحن نقول) كلام الجميع غير محرور كما ستعرف وقد صرحوا جميعا على كلمة واحدة ان خراج الارض على المالك وموئتها على المالك عدا المحقق في الشرائع والنافع والكاشاني فانهما عبر بالصاحب والمصنف في التحرير فانه في خصوص المسئلة عبر تارة بصاحب الارض وأخرى بالمالك لانه ذكرها مرتين وكذا صاحب الوسيلة فانه لم يذكر المالك ولا الصاحب وذلك يشهد لما في المسالك بل في الغنية والسرائر اذا كانت المزارعة على أرض خراجية فخراجها على المالك وقد يلوح أو يظهر من المبسوط في أول الباب ومن التنقيح اشتراط ملك الارض ومما عبر فيه بالمالك في غير مسئلة خراج الارض المهذب مكررا مرارا والكافي والغنية والسرائر والشرائع والتذكرة والكتاب والتحرير والارشاد وشرحه لولده والايضاح واللمعة وغاية المراد والتنقيح والمهذب البارع وايضاح النافع وجامع المقاصد والروض والمفاتيح بل ومجمع البرهان والكفاية والرياض وان خالفت المسالك وقد يعبر في بعض هذه الكتب بصاحب الارض وهذا أيضا يشهد لما في المسالك ومما عبر فيه برب الارض المقنعة والخلاف والمبسوط لكنهم عبروا بذلك في المساقاة أيضا فلا يرد نقضا ومما عبر فيه بصاحب الارض النهاية والوسيلة والنافع لكن في الاولين التعبير بذلك في المساقاة أيضا ولم يعبر في الاخير في المساقاة الا بالمالك ولم يظهر من المقنع وفقه الراوندي والمراسم وكشف الرموز والمقتصر شيء في ذلك فهذه كتب الاصحاب من المقنع الى الرياض وليس فيها ما يظهر منه مخالفة المسالك الا النافع خاصة وصريح جامع المقاصد فيما يأتي في المساقاة (اذا عرفت هذا) فظاهر المسالك والجماعة الذين ناقشوه ان ارض الخراج لا تكون ملكا وهو وهم قطعا فان الارض المفتوحة عنوة المحياة قبل الفتح اذا أذن الامام لاحد بان يبني فيها أو يغرس وان يكون عليه خراجها ملك رقبتها اصالة أو تبعا على الخلاف فاذا زالت آثاره زال ملكه نعم اذا بنى أو غرس من غير اذن الامام فانه لا يملكها وعليه ينزل كلام من قال انها لا تملك وكذلك اذا ماتت وأحياها محي في زمن الغيبة فانه يملكها وعليه خراجها لسلطان الجور اذا طلبه ولا ينافيه قولهم لا يملك معمور بل هو للمالك وان اندرست العمارة فانها ملك لمعين أو للمسلمين كما بيناه في باب احياء الموات وان احياها في زمن الحضور باذن الامام ملكها وعليه خراجها لانه ولي المسلمين وكذلك موات الارض المفتوحة عنوة اذا أحياه محي في زمن الحضور باذنه ملكه لانه ملكه أي الامام وفي زمن الغيبة يملكه أيضا اذا أحياه فاذا ضرب عليه السلطان خراجا وجب اداؤه اليه لانه تام متابعة جورا وقهرا فالخراج لا يمنع الملك والارض الخراجية لا يمتنع أن تكون مملوكة واذا باع امام العدل أو سلطان الجور أرضا من أرض الخراج لتقوية الجند ونحوها وشرط عليه خراجها المعتاد أو عشره مثلا فانها مملوكة خراجية وان اسقط عنه خراجها بالكلية كانت ارض خراج مملوكة والامر في الارض التي صولح أهلها على ان يكون الارض لهم وعليهم ما يصالحهم عليه الامام ظاهر كما أوضحنا ذلك كله في باب البيع وباب احياء الموات وقد وردت الاخبار بشراء أرض الخراج وان عليه خراجها وانه لا بأس به الا ان يستحي من عيب ذلك وهو باب واسع فلا يصح حينئذ الاستناد في رد ما في المسالك الى الاخبار الدالة على جواز تقبيل الارض الخراجية للزراعة اذ الاحتمال في رد الاستدلال كاف ولو في صورة واحدة ان لم تسلم جميع ما ذكرناه ثم ان الاصل في المزارعة ومشروعيتها ما فعله رسول الله صلى الله عليه وآله وسلم في خيبر كما طفحت به عباراتهم كما ستسمع وهي ملك للمسلمين ولما

كانت المزارعة على خلاف الاصل وجب الاقتصار على المتيقن المجمع عليه وهي ما اذا كانت الارض مملوكة العين أو المنفعة ان ادعيت الاجماع على الصحة فيما اذا استأجرها وما شك فيه يبقى تحت الاصل ثم ن الارض الخراجية الغير المملوكة ان كان أخذها من هي في يده بخراجها نقداً كان أو مقاسمة أعني شرط عليه حصة من حاصلها فقد ملك منفعتها لان الخراج سواء كان نقدا اوحصة اجرة أو في معنى الاجرة كما أفصحت بذلك عباراتهم فله أن يزارع عليها لأنه مالك منفعتها وان كان السلطان قد أسقط عنه الخراج وجعل خراجها له لم يصح له أن يزارع عليها مزارعة بل له ان يضرب عليها كحكم الجور خراجا نقدا أوحصة من حاصلها فلا يحتاج الى عقد المزارعة ولا الى تعيين المدة ولا الى شيء من شرائط المزارعة وأحكامها ولك ان تقول انه حيث يضرب عليها السلطان حصته من حاصلها أو من أعطاها له وأسقط عنه خرجها تكون مزارعة ولامانع من تسميتها مخارجة وحيث لايذكر أن الشرائط تكون من باب المعاطات (وكيف كان) فهذا لاينبغي له الاستبداد بحصتها وخراجها عند بعض اصحابنا الا اذا كان محتاجا اليه أو كان غازيا أوقاضيا بالحق أو اماماً عاما لاهل الدين بل ظاهر الكفاية أنه لايجوز له بدون ذلك وهو ظاهر اختيار المقدس الاردبيلي بل لم يجوز ذلك الا للمضطر ونقل عن السيد عميد الدين في شرحه على النافع أنه انما يحل الخراج والمقاسمة بعد قبض السلطان أو نائبه (قلت) ولعلهم لذلك يعبرون بما يأخذه وأيده في مجمع البرهان بان الهبة فرع الملك والقبض فكيف تتم بدونهما وهو كما ترى لاوجه له أصلا بالنسبة الى الجائر بل العادل اذلا ملك أصلا وأما استحباب تفرقته ومساواة الاخوان فيه فكأنه لاريب فيه (وكيف كان) فهذا التقسيم لمكان ماعرفت هو المحتاج الى الحيل التي في المسالك فاذا أراد الاشتراك مع العامل في الزرع والخروج عن هذه الاشكالات والشبهات فطريق صحته أن يشاركه في البذل بحيث يمتزج على الوجه المقرر في باب الشركة ويجعلان باقي الاعمال بينهما على نسبة المال ولو اتفقا على زيادة عمل من أحدهما ينوي به التبرع فلارجوع له بالزائد ولو أرادا جعل الحاصل مختلفا مع التساوي في البذر وبالعكس بني على ماتقرر في الشركة من جواز ذلك الى غير ذلك مما ذكره في المسالك ويمكن أن يكون هذا التقسيم اذا عامل عليه من اعطاه له السلطان من باب المعاطاة فيملك منفعتها بالتصرف فيها والمعاملة عليها لكنه لايخرج بذلك عن تلك الشبهات والاشكالات (وبقي شيء آخر) وهو أنه ورد في خبرين أحدهما موثق والآخر صحيح أن رسول الله صلى الله عليه وآله ظهر على خيبر وفيها اليهود فخارجهم على أن يترك الارض في أيديهم يعملون بها ويعمرونها فيكون النصف الذي تضمنته صحيحة الحلبي وغيرها مقاسمة وخراجا ففي الصحيحة ان رسول الله صلى الله عليه وآله اعطى خيبر بالنصف أرضها ونخلها (لكن) قد ورد في صحيحة يعقوب بن شعيب عن أبي عبد الله عليه السلام قال وسألته عن المزارعة قال النفقة منك والارض لصاحبها فما أخرج الله عز وجل منها من شيء قسم على الشرط وكذلك اعطى رسول الله صلى الله عليه وآله أهل خيبر حين أتوه فاعطاهم اياها أن يعمروها ولهم النصف مما أخرجت ومثله صحيحته الاخرى وذلك يقضي بان اعطائه صلى الله عليه وآله خيبرا لهم كان مزارعة لامقاسمة ومخارجة ويمكن أن يكون مزارعة ومخارجة حيث يشترط الحصة كما تقدم آنفا لكن يبعد أن يكون رسول الله صلى الله عليه وآله عقد عقد المزارعة مع كل واحد واحد من جميع أهل خيبر فتدبر ﴿قوله﴾

وتصح المزارعة اذا كان من أحدهما الارض خاصة ومن الآخر البذر والعمل والعوامل وكذا اذا كان البذر لصاحب الارض والعمل منه أو كان البذر منهما سواء اتفقا في الحصة أو اختلفا وسواء تساويا في البذر أو تفاوتا وفي صحة كون البذر من ثالث نظر (متن)

﴿ وتصح المزارعة اذا كان من أحدهما الارض خاصة ومن الآخر البذر والعمل والعوامل ﴾ عندنا كما في التذكرة وكذا جامع المقاصد وهذا هو الاصل في المزارعة كما في الروضة والاصل في المزارعة قصة خيبر كما في التذكرة وجامع المقاصد والمسالك وفي الاولين أن ظاهرها أن البذر من أهل خيبر (قلت) ولعله لذلك قيل في الغنية والسرائر لو كان البذر من مالك الارض والعمل والحفظ من المزارعين جاز وكيف كان فالمصرح بما في الكتاب المهذب وجامع الشرائع والشرائع والتذكرة والارشاد واللمعة وجامع المقاصد والمسالك والروض والروضة ومجمع البرهان وقد خلت المقنعة والنهاية والمراسم والكافي والخلاف والوسيلة وفقه القرآن عن ذكر الاحتمالات الممكنة في الامور الاربعة الارض والبذر والعمل والعوامل مع ورود بعضها في الاخبار كما سمعت وكما ستسمع وستسمع ما في المقنع ﴿ قوله ﴾ ﴿ وكذا اذا كان البذر لصاحب الارض أو العمل منه أو كان البذر منهما ﴾ أشار الى ثلاث صور اخر غير الاولى (أحدها) أن يكون من مالك الارض معها البذر ومن الآخر العمل والعوامل (الثانية) أن يكون من مالكها معها العمل ومن الآخر البذر والعوامل (الثالثة) ان يكون من مالك الارض بعض البذر ومن الآخر البعض الآخر مع العمل أو العوامل أوهما (اما الاولى) ففي التذكرة وجامع المقاصد أنها صحيحة عند كل من سوغها وقد نص على صحتها في الغنية والسرائر وجامع الشرائع والشرائع والتحرير والارشاد واللمعة والمسالك والروضة ومجمع البرهان والكفاية (وأما الثانية) فظاهر المقنع الافتاء بها لانه روى متن روايات سماعه الثلاثة وقد نص عليها في جامع الشرائع والشرائع والتذكرة والتحرير والارشاد واللمعة والمسالك والروضة ومجمع البرهان والكفاية وأما (الثالثة) على اجمالها من دون تفصيل صورها ففي (جامع المقاصد) أنها صحيحة عندنا قلت واذا جاز كون البذر من العامل أو المالك جاز منهما بالاولى وفي (المسالك والروضة) تجوز الاحتمالات الممكنة مع الاشتراك في الامور الاربعة كلا أو بعضا فمتى كان من أحدهما بعضها ولو جزءاً من الاربعة ومن الآخر الباقي مع ضبط ما على كل واحد منهما صحت (قال في الروضة) وتتشعب من الاركان الاربعة صور كثيرة لا حصر لها ومراده ان ذلك اذا كانت بين اثنين لا غير كما صرح به في المسالك وفي (اللمعة) واحدة من الصور الممكنة جائز وفي (مجمع البرهان والكفاية) أنها كلها جائزة ولو كانت بين ثلاثة أو اربعة كما يأتي بيانه ان شاء الله تعالى وقد نص في الشرائع وغيرها في المقام أنها لا تصح بلفظ الاجارة ﴿ قوله ﴾ ﴿ سواء اتفقا في الحصة أو اختلفا وسواء تساويا في البذر أو تفاوتا ﴾ قال في جامع المقاصد لا فرق في ذلك بين التساوي والتفاوت وهو معنى قوله في التذكرة لو تفاضلا في البذر وشرطا التساوي في الزرع أو تساويا في البذر وشرطا التفاضل في الحصة جاز عندنا ونحوه قوله في التحرير ولو شرط التفاضل لزوم الشرط سواء كان الفاضل للمالك أو للعامل وكذا لو تفاضلا في البذر وتساويا في الحاصل أو تفاضلا فيه ﴿ قوله ﴾ ﴿ وفي صحة كون البذر من ثالث نظر ﴾ وكذا لا ترجيح في الايضاح وفي التحرير تصح على اشكال وظاهر التذكرة التردد أولا وكأنه مال الى عدم الصحة في آخر كلامه على الظاهر كما هو خيرة جامع

وكذا لو كان البذر من ثالث والعوامل من رابع وكل مزارعة فاسدة فان الزرع لصاحب البذر وعليه اجرة الارض والفدان ولو كان البذر من المالك فعليه اجرة العامل (متن)

المقاصد والمسالك كما ان الصحة خيرة مجمع البرهان والكفاية والحدائق فمحل الخلاف ماإذ جعلاهما ثالثا وشرطا عليه بعض الاربعة وهو يوافق مافي الكتاب وغيره فان من شرطا عليه البذر غير صاحب الارض يكون ثالثا ولا فرق في المشروط عليه البذر بين أن يكون له حصة من النماء أم لا كما هو قضية اطلاقهم الا أن يدعي تبادر الاول (وجه الصحة) عموم أوفوا بالعقود وعموم ادلة المزارعة وليست المعاملات باسرها ولا هذه المعاملة موقوفة على النص الخاص شرعا بل يكفي العموم ولهذا لا تجد في شيء من المعاملات بخصوصه دليلا شرعيا ولو احتاج الى ذلك اشكل الامر فانه من المعلوم عدم ورود النصوص في كل صنف صنف من المعاملة ولهذا يصح كون الزوجة لا موجبا مع وجوب الاحتياط في الفروج ويصح أن تكون الزوجة وكيلة في الطلاق نفسها مع منع البعض الوكالة فيه بل منع بعضهم وكالة النساء فيه خصوصاً المطلقة الى غير ذلك مما قاله المقدس الاردبيلي (وفيه) نحن المعلوم أن ليس المراد من عموم أوفوا بالعقود الايفاء بكل عقد اخترع طرء بل العقود المتداولة المعروفة في ذلك العصر التي ضبطها الفقهاء في كتبهم فما علم من اجماع أو نحوه فان ادعى مدع توقفه على شرط نفيناه بالاصل وما لم يعلم فان كان اكثر الاصحاب قائلين بصحته كان ذلك قرينة على انه اذا كان متداولا في عصره صلى الله عليه وآله وسلم وتناوله العموم والاطلاق وما نحن فيه لم تتم شهرة عليه فضلا عن أن يكون معلوما فلا يكون داخلا تحت عموم قوله سبحانه وتعالى أوفوا بالعقود وليس في أخبار الباب اطلاق يتناول ذلك فضلا عن العموم بل ليس في أخبار الباب الا ذكر الاثنين ففيه شهادة على أنه هو المتداول في عصره صلى الله عليه وآله فلا يصح لك أن تقول ان عقد المزارعة كان في عصره صلى الله عليه وآله ودعوى اشتراط كونه بين اثنين تنفى بالاصل ولم يظهر من أخبار خيبر أن المعاملة مع أكثر من واحد كما في المسالك ولو دلت على ذلك ماتوقف أحد في الصحة كما في مجمع البرهان من أنها تدل على الاعم لان الظاهر أنهم كانوا كثيرين ليس في محله دعوى ولا دليلا فان قلنا أن الذي يظهر من أخبار خيبر أنها مخارجة فلا كلام وان قلنا انها مزارعة ومخارجة جميعا فلا بد من أن يكون صلى الله عليه وآله وكل من يعقد مع واحد واحد منهم كما وكل من يخرص على كل واحد منهم وان كان ما سلف معهم صلى الله عليه وآله كان على سبيل المعاطاة فالامر واضح (وكيف كان) فرد صاحب الحدائق على قوله في المسالك أنه لم يظهر ان المعاملة مع أكثر من واحد قوله ان ذلك من أعجب العجائب يقضي انه لم يفهم ما اراد في المسالك ومما ذكرناه من الضابط في العقود والعموم يعلم حال ما استشهد به في مجمع البرهان من الصحة كون العاقد موجبا قابلا وتوكيل المرأة في طلاقها (وقد احتج في المسالك) بان العقد يتم باثنين موجب وقابل فدخول ما زاد يخرج العقد عن وضعه ويحتاج في اثباته الى دليل وله لا يصلح لان يجعل دليلا مستقلا برأسه نعم هو مبني على ما ذكرناه من الضابط فليتأمل وقد يقال ان خبر الايصاح الآتي على احتمال ما يدل على عدم صحة كون البذر من ثالث ﴿ قوله ﴾ (وكذا لو كان البذر من ثالث والعوامل من رابع) معناه وكذا في الصحة نظر والاصح عدم الصحة لما عرفت وهو خيرة جامع المقاصد والمسالك ولا ترجيح في الايضاح وصححه في التحرير على اشكال ﴿ قوله ﴾ (وكل مزارعة فاسدة فان الزرع لصاحب البذر عليه أجرة الارض والفدان

والاطلاق يقتضي كون البذر على العامل (متن)

ولو كان البذر من المالك فعليه أجرة العامل ﴾ اما الشق الاول فمعناه انه اذا كان البذر من العامل والفدان من صاحب الارض فان النماء والزرع للعامل وعليه لصاحب الارض أجرة الارض والفدان و بذلك صرح في جامع المقاصد والتذكرة والتحرير واللمعة والروضة والمسالك ومجمع البرهان والمفاتيح والكفاية غير انه لم يذكر الفدان فيما عدا الاول كما ان ظاهر الاخير انه اجماع ويحتمل من العبارة وغيرها كون البذر من ثالث وهو معنى قوله في الشرائع كل موضع يحكم فيه ببطلان المزارعة يجب لصاحب الارض أجرة المثل ومراده كما في الكتاب ان البذر من العامل ومثله مافي الارشاد والروض واليه أشار باطلاق قوله في النافع تثبت أجرة المثل في كل موضع تبطل فيه المزارعة ونحوه مافي المهذب والغنية والسرائر والوسيلة غير انه قال في الاخير اذا كانت المزارعة فاسدة لزم أجرة المثل وسقط المسمى ان كان بالنصف أو الثلث ولزم ان كان بالامنان والقفزان (وفيه) ان الواجب في الاخير أيضا أجرة المثل كما تقدم بيانه (وكيف كان) فوجهه ماقالوه انه انتفع بأرض غيره من غير اجارة ولا تبرع فوجب ان يلزمه العوض وهو أجرة المثل والحاصل له لانه نماء ما ملكه وكذلك الحال في لزوم الاجرة لو استعملها ولم يحصل له حاصل أو عطلها ومنه يعلم الوجه في الشق الثاني وبه صرح في التذكرة وما ذكرناه بعدها وجامع المقاصد ويتناوله اطلاق النافع وما ذكر بعده ولو كان النماء منهما فالحاصل بينهما ولكل منهما على الآخر اجرة مثل مايخصه من الارض وباقي الاعمال فان تساوى الحقان تقاصا وان اختلفا تقاصا فيما تساويا فيه ويرجع صاحب الفضل على صاحبه بالفضل و بهذه الصورة صرح في التذكرة وما ذكر بعدها ويمكن استثناء ما اذا كان البطلان باسقاط الحصر كما تقدم في الاجارة فتكون أرض المزارعة كالعارية فليتأمل وليلحظ باب الاجارة في المسئلة ومايأتي في مثلها في المساقاة والمضاربة ولو كان البذر من ثالث فالحاصل له وعليه أجرة مثل الارض و باقي الاعمال والآلات وفي (التبصرة) اذا بطلت الزراعة ولم يزرع العامل ثبتت أجرة المثل وهذه الاقسام الثلاثة قد ذكرها في المبسوط في بيان مذهب الشافعي القائل ببطلان المزارعة وان الزرع لصاحب البذر والفدان كسحاب وسداد الثوران يقرنان للحرث ولا يقال للواحد فدان وهو آلة الثورين قاله في القاموس ﴿قوله﴾ ﴿والاطلاق يقتضي كون البذر على العامل﴾ لانه الاعم الاغلب والاطلاق يحمل عليه ولانه الاصل في المزارعة كما تقدم عن جماعة ولقول أبي عبد الله عليه السلام لما سئل عن المزارع النفقة منك والارض لصاحبها وضعف الاول بان العادة انما يجب حمل الاطلاق عليها اذا كانت مستقرة مطردة لاتنخرم ولم يثبت كون المتنازع فيه كذلك (ويجاب عن الثاني) بأن كون الاصل ذلك لايقتضي بحمل الاطلاق عليه اذا لم يكن هناك عرف غالب وأجاب عن الحديث في الايضاح بان المفرد المحلى باللام لايفيد العموم (وقال في جامع المقاصد) ان هذا الجواب لايجدي نفعا لان ذلك وقع تفسيرا للمزارعة المسؤل عنها فوجب ان لاتقع على غيره والا لم يكن جوابا صحيحا فلا بد ان يجاب بأن الخبر متروك الظاهر لان النفقة اذا كانت من صاحب الارض كانت المزارعة صحيحة اجماعا قلت هو رواه في الايضاح عن المزارع لاعن المزارعة فجوابه على مختاره في المفرد المحلى في محله ولا يصح ان يكون السؤال عن حقيقة المزرع وماهيته بل عما يفعله لتصح مزارعته فليلحظ جيدا و يكون جوابه عليه السلام جاريا على الغالب كانه على رواية المزارعة ارشاد الى مقصود

ويحتمل البطلان ولو تناثر من الحاصل حب فنبت في العام الثاني فهو لصاحب البذر ولو كان من مال المزارعه فهو لهما ويجوز للمالك الخرص على العامل ولا يجب القبول فان قبل كان

الناس غالبا ليبينه في العقد ولم يكن بيان الحكم اطلاق العقد من غير تعيين على انا قد نقول ان الذمة ليست نصة في ارادة البذر ولا فرق عندنا في ذلك بين المزارع والمزارعة وان كان الثاني أوضح في الاستدلال في الجملة ﴿ قوله ﴾ (ويحتمل البطلان) هو الاصح كما في الايضاح وجامع المقاصد وهو معنى قوله في التذكرة يجب ان يعين البذر ممن هو لانه يجوز ان يكون من المالك ومن العامل ومنهما انتهى ووجهه ما أشار اليه في التذكرة من ان المزارعة صادقة على كل واحد منها ولا دلالة للعام على أحد افراده بخصوصه فيكون باطلا للجهالة ﴿ قوله ﴾ (ولو تناثر من الحاصل حب فنبت في العام الثاني فهو لصاحب البذر ولو كان من مال المزارعة فهو لهما) قال في القاموس الحاصل من كل شيء مابقي وثبت وذهب ماسواه ولما كان البذر مما لابد ان يسقط منه شيء ويتناثر منه فيقع في غير محل الحرث والزرع كما هو مشاهد محسوس سماه حاصلا لانه الثابت الباقي بعد الذاهب فصار المراد من العبارة انه لو تناثر من البذر حين الزرع حب فوقع على حافة الحرث فلم ينبت في العام الاول ونبت في العام الثاني فهو للعامل صاحب البذر لانه عين ماله فكان كما لو بذره قصدا ولم يعلم اعراضه عنه واسقاط حقه منه ثم ان الاعراض المملك والمزيل هو كاعراض المسافر عن حطبه مع استيلاء التعبير عليه حين الاعراض عنه كما حرر في باب القضاء وغيره ولهذا لو نبتت نواة سقطت من انسان في أرض مباحة أو أرض مملوكة ثم صارت نخلة ولم يستول عليها غيره ففي (التذكرة) ان النخلة تكون ملك صاحب النواة قطعا وهو منه في معنى الاجماع وقد تقدم في باب العارية عن التذكرة أنه لو حمل السيل نواة أو جوزة أو لوزة أو حبا فنبت في أرض غيره كان ذلك ملكا لصاحب النواة والجوزة واللوزة والحب لانعلم به خلافا وبه صرح في المبسوط وأكثر ماتأخر عنه وقد أخذوه في باب العارية مسلما وانما يتعرضون لحكمه وان للمالك اجباره على قلعه وتسوية الارض ونحو ذلك كما تقدم في محله ولو كان المتناثر من مال المزارعة فهو لهما وهذا المعنى الذي ذكرناه في تفسير العبارة هو غير ما في التذكرة ومعنى مافي التحرير لأنه كالكتاب (قال في التذكرة) اذا زارع رجلا في أرضه فزرعها فسقط من الحب شيء ونبت في ملك صاحب الارض عاما آخر فهو لصاحب البذر عند علمائنا وقد أشار بقوله عند علمائنا الى ماذكروه في العارية والا فلم أجد أحدا تعرض له في الباب غيره في كتبه الثلاثة وقد نزل العبارة في جامع المقاصد على أن المراد انه لو تناثر حب مما حصل لاحد المزارعين بعد القسمة وتميز كل واحدة من الحصتين فهو لصاحب الحب وقال ان المراد بالبذر في العبارة الحب لان الحب بذر فيجوز التعبير عنه بكل من العبارتين قال ولو كان من مال المزارعة المشترك وذلك قبل القسمه فهو لهما على نسبة الاستحقاق قال وربما استصعب تنزيل العبارة على ذلك فاحتمل حمل قوله فهو لصاحب البذر على ما اذا كانت فاسدة ومابعده على ما اذا كانت صحيحة ورده بأنه تكلف بعيد مفوة لجزالة العبارة حيث نزل القسم الاول على فساد المزارعة بغير اشعار العبارة وما بعده على صحتها مع ان حقهما ان يكون متعلقهما واحد وهو تكلف كما قال ولا بأس بتنزيله ﴿ قوله ﴾ (ويجوز للمالك الخرص على العامل ولا يجب القبول فان قبل كان استقراره مشروطا بالسلامة فان تلف بآفة سماوية أو أرضية أو نقص لم يكن

استقراره مشروطا بالسلامة فلو تلف بآفة سماوية أو ارضية او نقص لم يكن عليه شيء ولو زاد فاباحة على اشكال (متن)

عليه شيء ولو زاد ما باحة على اشكال ﴾ قد تقدم الكلام في المسئلة في باب البيع ولنشفعه هنا باسباغه وتحريره وتهذيبه فنقول انه يقع في مقامات (الاول) انه لافرق في هذا الخرص والتقبيل بين النخل والزرع بل والشجر كما أفصحت به في النخل أخبار خيبر وغيرها منها صحيحة محمد الحلبي عن أبي عبدالله عليه السلام أن أباه عليه السلام حدثه ان رسول الله صلى الله عليه وآله وسلم أعطى خيبرا بالنصف أرضها ونخلها الخبر واخبار يعقوب بن شعيب وكذا صحاح الواردة في خرص خيبر وغيره وصحيحة الكناني وبه طفحت عباراتهم في باب البيع وكما أفصح به في الزرع ما روي في الكافي والتهذيب في الصحيح عن ابن عيسى عن بعض أصحابه قال قلت لابي الحسن عليه السلام اننا ا كره فنزارعهم فيجيئون ويقولون قد حزرنا هذا الزرع بكذا وكذا فاعطوناه ونحن نضمن لكم ان نعطيكم حصتكم على هذا الحزر فقال وقد بلغ قلت نعم قال لا بأس بهذا قلت فانه يجيء بعد ذلك فيقول ان الحزر لم يجيء كما حزرت وقد نقص قال فاذا زاد يرد عليكم قلت لا قال فلكم ان تأخذوه بتمام الحزر كما انه اذا زاد كان له كذلك اذا نقص كان عليهم وبه طفحت عباراتهم في الباب والظاهر اتحاد الطريق في النخل والشجر لان كان المناط متحدا والحكم في الشجر صرح في النهاية والمهذب وجامع الشرائع ولك ان تقول لاقطع بذلك لان العرية صحت في النخل دون غيره فليكن هذا أيضا من خواص النخل من بين الاشجار (الثاني) وقد قال المصنف في باب البيع يجوز ان يتقبل أحد الشريكين بحصة صاحبه من الثمن بشيء معلوم منها ونحوه ما في بيع النهاية وجامع الشرائع والشرائع والنافع والتذكرة والتحرير والارشاد واللمعة والمفاتيح والكفاية وغيرها وقد تضمن كلامهم جواز الخرص من الطرفين وقد يلوح منهم أو يظهر كما قاله في الرياض عدم لزوم هذه المعاملة الا ان تقول ان الفرض بيان رفع الحظر لكن كلامهم في مطاوي المباحث مضطرب لانه في التذكرة تردد في لزوم العقد وعبارة الكتاب وما كان نحوها لادلالة فيها على اللزوم نفيا ولا اثباتا وفي (التنقيح وايضاح النافع والميسية) التصريح بانها غير لازمة والشهيد الثاني قال تارة باللزوم وأخرى بعدمه وأولويته هذا كلامهم في باب البيع وأما كلامهم في الباب ففي (النهاية) من زارع أرضا على ثلث أو ربع وبلغت الغلة جاز صاحب الارض ان يخرص عليه الغلة ثمرة كانت أو غيرها فان رضي الزارع بما خرص أخذها وكان عليه حصة صاحب الارض سواء نقص الخرص أو زاد وكان له الباقي فان هلكت الغلة بعد الخرص بآفة سماوية لم يكن على المزارع شيء انتهى فقد تضمن ان الخارص المالك وان الزارع لا يجب عليه القبول وانه ان قبل لزم سواء نقص الخرص اوزاد وان الخرص بعد البلوغ وان الغلة ان هلكت بآفة سماوية لم يكن عليه شيء وقد صرح بالاول والثاني في الشرائع والنافع والتذكرة والتحرير واللمعة وجامع المقاصد والروض والمسالك والروضة والكفاية والمفاتيح وفي (المسالك) انه لا شبهة في ذلك وقد نسبه في المهذب البارع الى الاصحاب مرتين وفي (الرياض) انه لا خلاف فيه (قلت) وبه أفصحت أكثر الاخبار وصريح التبصرة ومجمع البرهان كما هو ظاهر الارشاد انه يجوز الخرص من الطرفين (قلت) المرسل قد تضمن خرص العامل (وأما الثالث) وهو أنه اذا قبل لزم فقد صرح به في المهذب والوسيلة وجامع المقاصد والمهذب البارع ومجمع البرهان وهو ظاهر الكتاب والشرائع والنافع والتذكرة واللمعة وغيرها

وفي (التحرير) لو قبل صح وفي (الايضاح وشرح الارشاد) لفخر ان الاصح انه اباحة وان الخرص لا يملك ولا يضمن فلم يبطله رأساً كابن ادريس ولم يقل بلزومه وفائدته عنده اباحة التصرف فلو زاد كان للمالك أن يرجع بالزيادة وان نقص لم يكن على الزارع أن يدفع أكثر من حصته الاصلية فالمراد بالصلح في قوله في الايضاح أولا انه ليس بيعاً بل هو تقبل وصلح المراضاة لا الصلح العرفي كما أوضحه في حاشيته فيندفع عنه تعجب المحقق الثاني لان الصلح الصحيح لا يجتمع مع الاشكال كما ستسمع ولا فرق عند القائل باللزوم بين أن يزيد الخرص أو ينقص وبه أفصح صحيح يعقوب بن شعيب عن أبي عبد الله عليه السلام قال سألته عن الرجلين يكون بينهما النخل فيقول أحدهما لصاحبه اختر اما أن تأخذ هذا النخل بكذا وكذا مسمى وتعطيني نصف هذا الكيل زاد أو نقص واما أن آخذه انا بذلك وأرده عليك قال لا بأس بذلك وقد صرح في المهذب والوسيلة والتحرير والمهذب البارع وجامع المقاصد والمسالك والروضة ومجمع البرهان والكفاية بانه لو زاد كانت الزيادة للعامل وهو ظاهر الشرائع والنافع والتذكرة واللمعة وغيرها والمصنف هنا استشكل كما ستسمع وجه اشكاله وستسمع الكلام فيما اذا نقص (وأما الرابع) وهو ان الخرص بعد البلوغ فهو الموجود في الخبر وبه صرح في المهذبين ومجمع البرهان وقد فسر في المسالك والكفاية والمفاتيح والرياض بانعقاد الحب وقال أبو العباس وانما يجوز بعد صيرورته سنبلا وفي الاخبار أيضاً في النخل ادراك الثمرة وقد فسر في الكتب الاربعة بظهورها وقد قرب أبو العباس اشتراط الادراك (وأما الخامس) وهو ان الغلة ان هلكت بآفة سماوية فليس عليه شيء وان استقراره مشروط بالسلامة فقد نسب الى الاصحاب في المهذب البارع وجامع المقاصد وفي (المسالك والكفاية والمفاتيح والرياض) أنه المشهور وفي (مجمع البرهان) أنه المشهور بل كاد يكون اجماعاً اذ لا مخالف غير ظاهر من التتبع غير ما نقل عن ابن ادريس من منع هذه المعاملة وجزم بعد ذلك بعدم الخلاف من المتأخرين . . . (وقال في المسالك) أنه قد ذكره الشيخ في بعض كتبه وتبعه عليه الباقون معترفين بعدم النص (قلت) لم أجد أحداً اعترف قبله بعدم النص مع معاودة (النظر فيما) في جميع ما حضر بل ظاهر السرائر وجود النص فيه كما ان وجوده في النهاية والوسيلة والمهذب يقضي بذلك ومما صرح فيه بذلك كله المهذب والشرائع والتذكرة والتحرير وجامع المقاصد ومجمع البرهان وفي (الوسيلة والنافع والتبصرة والارشاد واللمعة والروضة) الاقتصار على ان الاستقرار مشروط بالسلامة من دون التعرض لآفة سماوية أو أرضية وبه صرح في بيع الاربعة الاخيرة وهو خيرة بيع الدروس وتأمل فيه أيضاً في المسالك وأورد عليه في جامع المقاصد ان الحصة ان كانت مضمونة لم يكن للاشتراط المذكور محصل والا لم يكن على نهج المعاوضات وفي (الرياض) أنه لا نص فيه ولا قاعدة تقتضيه فان كان اجماع والا ففيه كلام وتردد فيه في بيع التذكرة وتعليق الارشاد وفي بيع الروضة والرياض ان وجهه غير واضح والنص خال عنه وكل ذلك في غير محله بعد ظهور دعوى الاجماع من جماعة مع شهادة التتبع ووجوده في الكتب التي هي متون أخبار وعدم انكار ذلك من مثل المحقق والمصنف والشهيد مع ظهور وجهه وهو انها معاملة مشروطة بقبض العوض ووصله الى يد صاحبه الجديد فاذا تلف لم يكن الشرط موجوداً فكان كالمبيع اذا تلف قبل قبضه ومن انصف وتأمل وجد السيرة على ذلك مستمرة يقول احد الشريكين حصتي لا تبلغ قفيزاً مثلا فيقول شريكه علي بقفيزين مثلا وليس الغرض الا أني ضامن نقصها من جهة خرصها التي تزعم قلته لا من جهة آفة سماوية أو أرضية فان أوقعا ذلك بعقد لزمت والا كانت معاطاة وظاهر الاخبار ومن تعرض لهذا الفرع ان العوض مشروط كونه

منها مشتركا مشاعا بل هو صريح بيع الكتاب قال بشيء معلوم منها (وفي جامع المقاصد) ان العوض مأخوذ من المعوض كما اشعرت به الرواية وصرح به في كلام الاصحاب قلت ولم نجد أحدا صرح بجواز كونها من غيرها قبل الشهيد مع أنه يرد عليه أنه لا معنى حينئذ لاشتراط السلامة في قرار القبالة حيث يكون الثمن في الذمة لان المعوض اذا قبض بعوض وجب أن يكون مضمونا حينئذ فيتجه وجه آخر وهو أن المحمل الارضي بحصة معينة في العين مشاعة صار شريكا واليه أشار اليهود بقولهم بهذا قامت السموات والارض ومعناه أنه مما تعم به البلوى وتمس اليه الضرورة وقد صرح في موضعين من جامع المقاصد ان هذه المعاملة مما تدعوا اليها الضرورة وتعم بها البلوى فيكون ذلك منصوصا واليه نظر القدماء العارفين بمعاني الاخبار والا فلا معنى لقيام السماء والارض بذلك الا ذلك على الظاهر (وعساك تقول) أن ذلك من كلام اليهود (قلت) لو لم يكن مطابقا للواقع لما ذكره مولانا الصادق عليه السلام منكرا له في ثلاثة مواضع وقد نلتزم بعدم اشتراطه بالسلامة اذا كان القدر من غيرها لكنه لا نجوزه كما حرر في محله وانما جوزنا كونه منها مع أنه أولى بالمنع لمكان أخبار الباب وفتاوى الاصحاب وقد وجه ذلك في جامع المقاصد بان المبيع في زمن الخيار من ضمان البائع وان تلف في يد المشتري بغير تفريط اذا كان الخيار للمشتري وما هنا لا يزيد على ذلك فان أراد ماقلناه والا فهو كما ترى (ومن الغريب) أنه في جامع المقاصد قال ان اشتراط كون العوض من المعوض ينافي صحة المعاوضة وليس في النصوص مايدل على الجواز هنا وكأنه لم يظفر بالمرسل في باب البيع لانه هناك ذكر غيره وما الم به ولا اشار اليه ثم انك قد سمعت كلامه آنفا وقد قال أيضا في باب البيع بان صحيحة يعقوب بن شعيب التي قد سمعتها قد تدل على ذلك اذا تحرر هذا فقد عرفت المصرح بعدم كون شيء عليه اذا تلف بآفة سماوية وأما اذا تلف بآفة أرضية ففي (الشرائع والتذكرة والتحرير والكتاب وجامع المقاصد) وغيرها انه أيضا ليس عليه شيء والمراد أنه تلفه متلف لا يعقل تضمينه وأما اذا اتلفه من يضمن فالمعاملة لا تتغير وطولب بالعوض كما في المهذب البارع وجامع المقاصد والمسالك والروضة والرياض وفي الاخير دعوى الاجماع عليه ولعله استنباطي ولا فالمصرح به من عرفت على ان المحقق الثاني والشهيد الثاني احتملا سقوط القبالة باتلاف المتلف الضامن وهو جيد جداً كما يقتضيه ما وجهناه به وأما اذا لم تتلف الغلة كلها بل نقصت بآفة لا من جهة الخرص فقد صرح في المهذب البارع وجامع المقاصد والمسالك والروضة ومجمع البرهان والكفاية انه سقط منه بالنسبة وفي جامع المقاصد نسبته الى الاصحاب وفي (المسالك) انه المشهور وهو معنى قوله في الكتاب والتحرير وغيرهما أو نقص لم يكن عليه شيء اذ لا بد أن يكون معناه لم يكن عليه شيء في مقابلة التالف والا فاذا نقص من جهة الخرص بحيث لا يطابق الحاصل فانه لا يسقط من القبالة شيء كما في المهذب البارع وجامع المقاصد والمسالك والروضة ومجمع البرهان والكفاية والرياض وفي الاخير انه لا خلاف فيه وقد سمعت عبارة النهاية ومثلها عبارة المهذب وهو صريح المرسل المتقدم وقد ذكر في بعض هذه في الباب وباب البيع ومن الغريب قوله في باب بيع جامع المقاصد انه لو هلك بعضها يبنى بآفة يجب القول بعدم بقاء الصلح فلا يلزمه ما بقي من العوض (وفيه) ان سلامة الجميع شرط الصلح في الجميع وسلامة الابعاض شرط الصلح فيها وقال لو نقصت الثمرة بغير آفة بل من جهة الخرص يجب على تقدير كون العوض منها ان لا يجب الناقص على المتقبل مع أنهم يوجبونه عليه ومع الزيادة يكون له الاباحة (وفيه) مع عدم ظهور الملازمة تمام الظهور أنه اجتهاد في مقابلة المرسل

المعمول به على انه لا يوافق التوجيه السابق ومن الغريب انه قال ان مقتضى كلام الدروس ان ثبوت
هذه المعاوضة صلحاً كانت او غيره مراعى بالسلامة وعدمها مع أنه مقتضى كلام جميع من قال بصحة
هذه القبالة فلا معنى لقصره على الدروس (المقام الثالث) ان ظاهر الاخبار ان هذه المعاملة تتادى
باي لفظ اتفق واية عبارة كانت وفي بيع الميسية والمسالك ان ظاهر الاصحاب ان يشترط في صيغتها
الوقوع بلفظ التقبيل وان لها حكما خاصاً زائدا على البيع والصلح لكون الثمن والمثمن واحدا وعدم
ثبوت الربوا لو زاد أو نقص وأنها معاوضة مخصوصة مستثناة من المحاقلة والمزابنة وفي (الخلاف) ان هذا
نوع تقبيل وصلح وفي (الدروس والمهذب البارع) أنه نوع من الصلح وفي بيع جامع المقاصد انه
الذي يقتضيه النظر وقال قبل ذلك أنه صلح بلفظ القبالة وانه لا بد من صيغة عقد وقال في الباب لا بد
من ايجاب وقبول بلفظ التقبيل أو الصلح أو ما أدى هذا المعنى واستشكل هو في تعليق الارشاد في جعله
من الصلح وفي (بيع المسالك) أنه لا دليل على جعله من الصلح وفي (الروضة) انه مشكل وفي (مزارعة
المسالك والكفاية) ان الاصحاب على انه بلفظ الصلح والتقبيل وكأنه استنباطي والا فالمتعرض لذلك
من قد عرفت وفي (الروضة) أنها معاملة مستقلة وفي (المفاتيح) وغيره انه لا بد من عقد (قلت) قد
اتفقوا على أنه ليس بيعا غير أنه في بيع التذكرة تردد في جواز عقدها بلفظ البيع والظاهر الاتفاق من
هؤلاء على أنه عقد وانما خالفهم فخر الاسلام فقال انه اباحة كما عرفت والمقطوع به ناقل قاطع
للاستصحاب هو ما كان بلفظ القبالة مع ما سمعته عن الميسية ولا تصغ الى ما في المسالك من أنه لا دليل
على ايقاعه بلفظ التقبيل أو اختصاصه به مع أنه وافق شيخه في نسبة وقوعه بلفظ القبالة الى الاصحاب
في المسالك وقال في (الروضة) أنه ظاهر الشهيد والجماعة (المقام الرابع) قد أنكر هذه المعاوضة في
السرائر وقال ما حاصله انها ان كانت بيعا فهو مزابنة وان كانت صلحاً بعوض مضمون في الذمة فهو
لازم سواء سلمت الغلة أم لا وان كان بعوض من الغلة فهو باطل كالبيع وقال انه هو الذي تقتضيه
الاصول وتشهد به الادلة فلا يرجع عنه باخبار الآحاد وان كررت في الكتب (قلت) اذا تكررت
تواترت عنده بل المتضافر المستفيض عنده متواتر فكيف يسميها احاداً (وقال في التحرير) ان في قول
ابن ادريس قوة هذا وهنا فوائد ففي (مجمع البرهان والكفاية) أنه لا يحتاج الى القبول اللفظي المقارن وسائر
شرائط العقود اللازمة ولعله أراد الشروط المتعلقة بالصيغة والا فلا أظن أنه مما يجوز جهالة العوض
ونحوها وفي (المهذب البارع) يجوز استقلال الخارص من دون اذن شريكه (قلت) هو مورد الاخبار
وفي (مجمع البرهان) أنه لا تشترط عدالته وفي (الروض) فائدة الخرص جواز تصرف العامل (قلت)
والاكتساب كما تقدم ولا بد من كون العوض معلوما كما هو ظاهر المصنف في باب البيع أو صريحه كما
سمعته آنفا ثم عد الى قوله فلو زاد فاباحة على اشكال فقد قال في جامع المقاصد قيل ينشأ من رضا
المالك بالحصة بالقدر المخروص وهو يقتضي اباحة الزائد ومن ان الجميع حق له فلا ينتقل الا بناقل وانما
رضي بذلك بناء على مطابقة الخرص وقد تبين عدمها وليس بشيء لانك قد عرفت انه عقد اجماعا ممن
تعرض لذلك واحتمل هو في جامع المقاصد أن يكون النظر في الاشكال الى ان الربا يعم المعاوضات
فيشكل حينئذ الحال مع الزيادة نظراً الى اشتمال المعاوضة على الزيادة الموجبة للربوا لان المالك لما
رضي بالحصة فقد أباح الزائد لكن على هذا يشكل أيضا مع النقص فلا وجه للاقتصار على الزائد ثم قال
والعجب ان الشارح الفاضل ولد المصنف اعترف بان هذا تقبيل وصلح قال وجاز مع الجهالة لانه مبنى عقد المزارعة

واذا اختلف أنواع الزرع جاز الاختلاف في الحصة منها والتساوي ولو كان في الارض شجر وبقيته بياض فساقاه على الشجر وزارعه على البياض جاز وهل يجوز بلفظ المساقاة مع قصد الزرع والسقي اشكال ينشأ من احتياج المزارعة الى السقي (متن)

على الجهالة فنشأ الاشكال الذي ذكره المصنف من هذا لانه اذا لم يكن اباحة لم يكن فيه فائدة ان لم نقل بقول الشيخ فلا يسوغ فانه اذا كان صلحه صحيحا فلا وجه للاشكال ولا حاجة الى كون الزائد اباحة وأنت قد عرفت مراده بالصلح كما عرفت أنه لاوجه لهذا الاشكال بعد ورود النصوص الصحيحة الصريحة بصحة هذه القبالة ولزومها كما يظهر ذلك لمن أمعن النظر فيها من غير تفاوت بين المطابقة في الخرص وعدمها ولا بعد في انفراد هذه القبالة بالجواز وان دخلها الربوا على القول بانه يعم جميع المعاوضات الضرورة فان ذلك مما تم به البلوى ﴿ قوله ﴾ (واذا اختلفت أنواع الزروع جاز الاختلاف في الحصة منها والتساوي) اما الاختلاف فكأن يقول مازرعت من حنطة فلي الربع وما زرعت من شعير فالثلث ومازرعت من باقلي فلي النصف ولو قال في الثلاثة ان زرعت بطل للجهالة وكذا لوقال أزرعها حنطة وشعيراً ولي نصف أحدهما وثلث الآخر فلا بد من تقييد عبارة الكتاب في صورة الاختلاف بما اذا كانت الحصة معينة في كل واحد من الانواع ومثال التساوي ان يقول مازرعت من حنطة وشعير فلي النصف وفي الاخبار دلالة واضحة على الاخير وبه كله صرح في التذكرة والتحرير وهو قضية القواعد وكلام جامع المقاصد ﴿ قوله ﴾ (ولو كان في الارض شجر وبقيته بياض فساقى على الشجر وزارعه على البياض جاز) كما في التذكرة والتحرير وجامع المقاصد وبه صرح في مساقاة المبسوط والتحرير والكتاب وجامع المقاصد ولا فرق بين ان يكون الارض التي بين تضاعيف النخل قليلة أو كثيرة كما لافرق بين ان يكون العقد متحداً أو متعدداً وفي (المبسوط) ان التعدد أولى ولا فرق بين تقديم المزارعة وتأخيرها كأن يقول ساقيتك على النخل وزارعتك على الارض أو بالعكس بالنصف فيقول قبلت في المتحد ولو قال عاملتك على الارض والنخل على النصف جاز وبه صرح في مساقاة المبسوط والكتاب وجامع المقاصد لان لفظ المعاملة يشملهما ويجوز ان يقول زارعتك على النصف وساقيتك على الثلث واما التعدد فواضح كان يجعل كلا منهما في عقد مستقل ولو زراعة على البياض القليل أو الكثير وساقاه على النخل الذي فيه قل أو كثر جاز سواء فعل ذلك حيلة على استحقاق الثمرة قبل وجودها أم لا (قال في التذكرة) اذا كان البياض بين النخل كثيرا وكان النخل قليلا جازت المزارعة عندنا مع المساقاة وبدونها والشافعي لما منع من المزارعة لم يجوزها الا تابعة للمساقات في المعاملة على الارض المشتملة على شجر بينه بياض واشترط اتحاد الصفقة واتحاد العامل واعتبر بعض الشافعية في العقد أن يكون مشتملا على لفظ المساقاة والمزارعة معا وتقديم المساقاة لتكون المزارعة تابعة ولم يجز افرادها بعقد على حدة وكل هذا ساقط عندنا لا عبرة به لجواز المزارعة مطلقا كما في التذكرة وكذا جامع المقاصد لكن عبارة الكتاب في المساقاة تعطي أنه لا بد من تقديم المساقاة على المزارعة لمكان الحصر الظاهر من كلامه ﴿ قوله ﴾ (وهل يجوز بلفظ المساقاة مع قصد الزرع والسقي اشكال ينشأ من احتياج المزارعة الى السقي) أي والسقي مأخوذ في المساقاة فحينئذ لا يمتنع قصد المزارعة بلفظ المساقاة من الجهة المذكورة لان ذلك مدلول اللفظ فيكون العقد بالنسبة الى كل منهما صحيحاً وهو كما ترى مع

ولو أجر الارض بما يخرج منها لم يصح سواء عينه بالجزء المشاع أو المعين او الجميع ويقدم قول منكر زيادة المدة مع يمينه وقول صاحب البذر في قدر الحصة (متن)

ما فيه من استعمال اللفظ في حقيقته ومجازه لكنه جزم بالجواز في آخر مساقاة الكتاب ومن ان المساقاة حقيقة معاملة مخصوصة وليس السقي ملحوظاً فيها وانما هو ملحوظ بالنظر الى الوضع اللغوي كما ان المزارعة معاملة مخصوصة وقد وضع الشارع لكل منهما لفظاً فلا تقع احدهما عن الاخرى والاصح انه لا يصح كما في الايضاح وجامع المقاصد وبه جزم في المبسوط والتذكرة قال لو ساقيتك على النخل والارض بالنصف لم يصح في الارض وصح في النخل فان أفرد بعد ذلك الارض بالزراعة صح عندنا وقال في (التحرير) لو ساقيتك على الارض والشجر بالنصف ففي الجواز اشكال من حيث ان المزارعة تستلزم السقي وان شرط المساقاة المعاملة على أصل ثابت والاقرب الجواز مع ارادة الجزء الشرعي انتهى فتأمل ومحل الاشكال والخلاف في الاكتفاء بلفظ المساقاة عن المزارعة مع قصدها كما عرفت فيما اذا قصد المزارعة بلفظ المساقاة كأن قال ساقيتك على هذه الارض البيضاء بالنصف كما نبه عليه في التحرير ولعل الجواز هنا أولى لأنها تصح بكل لفظ يدل على المزارعة فلا يكفي قطعاً كما في جامع المقاصد ولو قال ساقيتك على الشجر ولم يذكر الارض لم يجز قطعاً كما في مساقاة جامع المقاصد و به صرح في مساقاة الكتاب والتحرير ﴿ قوله ﴾ ﴿ ولو أجر الارض بما يخرج منها لم تصح سواء عينه بالجزء المشاع أو المعين او الجميع ﴾ قد تقدم الكلام في ذلك في أوائل الباب وهو من متفردات الكتاب ﴿ قوله ﴾ ﴿ و يقدم قول منكر زيادة المدة مع يمينه ﴾ كما في الشرائع والتذكرة والتحرير والارشاد واللمعة والروض والمسالك والروض (١) ومجمع البرهان والكفاية وفي (جامع المقاصد) وفي الاخير تارة انه لا خلاف فيه وأخرى انه اجماع وأخرى نسبته الى الاصحاب وقد عرفت المصرح به قبله وفي (مجمع البرهان) أنه لا شك فيه لان الاصل عدم زيادتها عما يتفقان عليه فيقدم قول منكر الزيادة ولان مدعيها لو ترك ترك والعقد الناقل عن الاصل انما نقل في أصل المدة وأصل الحصة كما يأتي اما في القدر المعين فيهما فلا نقل اصلاً فبقي انكار الزيادة بحاله لم يخرج به العقد عن الاصل فلم يتم قوله في جامع المقاصد لولا الاجماع لامكن ان يقال ان اتفاقهما على عقد تضمن تعيين مدة وحصة قد نقل عن الاصل المذكور وكل منهما مدع لشيء ومنكر لما مدعه الآخر وليس اذا ترك دعوى الزيادة مطلقا يترك فانه اذا ترك العمل طالبه به ثم يجيء هذا اذا وقع الاختلاف عند انتهاء الامر فيجب التحالف وهو قول الشافعي في نظيره من المساقاة انتهى ولا يخفى ان المراد من قولهم في تفسير المدعي أنه اذا ترك ترك انه اذا ترك نفس دعواه ترك لا اذا ترك شيئاً آخر خارجاً عن الدعوى من عمل ونحوه اذ العمل هنا خارج عن الدعوى وقد قوى التحالف في مثله في باب الاجارة والشافعي لم يلحظ ما لحظ وانما قاسه على المتبايعين قبل القبض والاصل ممنوع عندنا ولم نقل به أحد من طائفتنا حتى أبو علي الذي خالف الاصل كما بين في محله وفي (مجمع البرهان) ينبغي أن لا يكون مما يكذبه العرف وهو في محله ﴿ قوله ﴾ ﴿ وقول صاحب البذر في قدر الحصة ﴾ كما في المهذب

---

(١) كذا في النسخة أعني بتكرير لفظ الروض قبل المسالك و بعدها ولعل أحدهما الروضة وأما الروض فقد علم الحال فيه مما تقدم مراراً (مصححه)

ولو اقاما بينة احتمل تقديم بينة الآخر وقيل القرعة (متن)

والسرائر والشرائع وجميع ماذكر بعدها فيا قبلها مع زيادة الخلاف والمبسوط والغنية وغيرها في نظيرها من المساقاة بل ظاهر التذكرة الاجماع على ذلك في المساقاة وقد نسب ما نحن فيه في جامع المقاصد الى الاصحاب تارة ونفى عنه الخلاف أخرى وادعى عليه الاجماع أيضا (وقال في الكفاية) قالوا وقد سمعت مافي جامع المقاصد من الميل الى القول بالقرعة لولا الاجماع وعرفت حال مااستنداليه (حجة الاصحاب) على مانحن فيه ان الصحة نماء ملكه والاصل بقاءه على ملك مالكه حتى يتحقق الانتقال شرعا فكان الحاصل في يد صاحب الزرع والزارع منازع مدع عليه والاصل عدم خروج ماادعاه من ملكه وعدم استحقاق الآخر وانه اذا ترك ترك فالقول قول صاحب البذر مع اليمين فلا وجه لقوله في الكفاية أن فيه اشكالا ولعله نزع الى مافي جامع المقاصد وقد عرفت حاله ويجب على المقدس الاردبيلي أن يقيده أيضا بما اذا لم يكذبه العرف ﴿ قوله ﴾ ﴿ ولو اقاما بينة احتمل تقديم بينة الآخر وقيل القرعة ﴾ لو اختلف المالك حيث يكون البذر منه والعامل في قدر الحصة فقال المالك شرطت لك الثلث وقال العامل بل النصف وأقام كل واحد منهما بينة قدمت بينة العامل كما في المهذب والسرائر والشرائع والتذكرة والتحرير والمختلف واللمعة والمسالك والروضة وجامع المقاصد وفي الاخير أنه المذهب وهذا منهم مبني على المشهور عندهم من تقديم بينة الخارج لانك قد عرفت ان غير صاحب البذر مدع وخارج فتكون البينة بينته كما ان القول قول منكر الزيادة مع يمينه وقد فرضت المسئلة في السرائر على نحو ماذكرناه فلا وصمة فيها ولا غبار عليها وقد قيل في غيرها ان القول قول صاحب البذر مع يمينه اذا لم يكن هناك بينة وان مدعي الزيادة غير صاحب البذر عاملا كان اومالكا فتكون البينة بينة من لا بذر له فلا يتم لهم اطلاق تقديم بينة العامل بل فيما اذا اقاما بينة بل ينبغي ان يقولوا كما في الكتاب واللمعة قدمت بينة الآخر والامر سهل لوضوح المراد ثم ان المسئلة في السرائر مفروضة فيما اذا تنازعا في الحصة ولم يتعرض لما اذا تنازعا في المدة وكلام غيرهما قابل لتناول ما اذا تنازعا في المدة ايضا فتكون البينة بينة العامل لان المالك يدعي تقليل المدة فيكون القول قوله والبينة بينة العامل لانه خارج ولم يرجح المصنف هنا وولده في الايضاح ولعله لاوجه له بعد الجزم بان المدعي أحدهما وتقديم قول منكر الزيادة مع يمينه نعم يتجه التوقف والمصير الى القرعة اذا قلنا ان كلا منهما مدع ومنكر ولعله لان كلا منهما داخل وذو يد لان النماء هنا تابع للعمل والبذر معا فكان الامر مشكلا فاما التوقف أو المصير الى القرعة (١) وظاهر ماحكي فيه القول بالقرعة كالكتاب والشرائع والتذكرة والتحرير والمختلف وغيرها أنه يقرع بين تقديم احدى البينتين وحكاه في الايضاح عن الشيخ (وفيه) ان الشيخ في الخلاف انما اختار القرعة فيما اذا اختلف المكري والمكتري في قدر المنفعة أوقدر الاجرة وفيما اذا اختلف رب الارض والزارع فقال الزارع اعرتنيها وقال المالك اكريتكها فانه قال فيه ان الذي يليق بمذهبنا أن نستعمل القرعة فمن خرج اسمه حلف وحكم له به وجعله في المبسوط أحوط في الثالث وقويا في الاولين وسماه أن معرفة المدعي والمنكر مشتبهة في المقام فيجب المصير الى القرعة وقضية مافي المبسوط أن الحاكم لمكان

---

(١) ويكون تقديم قول صاحب البذر بيمينه حيث لابينة لان يده أقوى وان كانا معا صاحبي يد ولا يلتفت الى ذلك عند تعارض البينات لان الامر في البينة على التعبد لا على الظن والقوة والضعف (منه قدس سره)

ولو ادعى العامل العارية والمالك الحصة او الاجرة قدم قول المالك في عدم العارية وله اجرة المثل مع يمين العامل مالم تزد عن المدعى (متن)

الاشتباه مخير في تقديم ايهما شاء والاحوط له القرعة وهنا غير الاقراع في تقديم احدى البينتين لكن في المبسوط في مثله في المساقاة حكم بالقرعة بين البينتين قال فمن خرج اسمه قدمت بينته ولا يحلف قال ولا يمكن استعمالها لان استعمالها يكون بالتوقف والقسمة والقرعة ولا وقف ولا قسمة لانه عقد فتعينت القرعة وقد رمي القول بالقرعة في السرائر والتذكرة والمسالك بالضعف (وقال في المختلف) انه غير جيد وفي (جامع المقاصد) انه لايجيء وقال بعض متأخري المتأخرين انا لانعرف القائل بها وهو أي عدم معرفته الظاهر من جماعة وقد عرفنا ولله الحمد والظاهر ان الشيخ قول أن كلا منهما داخل وحكم ذلك اذا تعارضت البينات القسمة ولما لم تمكن القسمة التجأنا الى القرعة ولوكان أحدهما داخلا والآخر خارجا لقال بتقديم بينة الداخل كما هو مختاره ومن البعيد أن يكونوا أشاروا بالقيل الى ابن ابي عقيل

﴿ قوله ﴾ ﴿ولو ادعى العامل العارية والمالك الحصة أو الاجرة قدم قول المالك في عدم العارية وله أجرة المثل مع يمين العامل مالم تزد عن المدعى﴾ كما صرح بذلك كله هنا في الارشاد وغاية المراد وجامع المقاصد والروض والمسالك والكفاية لكنه في الارشاد لم يذكر ادعاء المالك الاجرة وانما اقتصر على ادعائه الحصة وقد صرح في الشرائع والتذكرة والتحرير بجميع مافي الكتاب الاقوله مالم تزد عن المدعى وقد نسب الفخر مافي الكتب الثلاثة الى الاصحاب وقضية ذلك انه له أجرة المثل سواء زادت عن المدعى ام لم تزد وقوى الشيخ في المبسوط تقديم قول رب الارض في الاجارة دون العامل في العارية واثبت له أجرة المثل ثم قال الاحوط القرعة هنا كلامهم في المقام ومعناه ان القول قول صاحب الارض في عدم الاعارة لانه منكر لها فيقدم قوله في عدمها لاما يدعيه وكذلك القول قول الزارع في عدم المزارعة والاجارة لانه منكر لها وحينئذ فيحلف كل منهما على نفي ما يدعيه الآخر ويبقى على الزارع انه انتفع ارض غيره مع عدم ثبوت التبرع فيلزمه أجرة المثل لتلك الزرع الى أوان أخذه وذلك اذا لم تزد الاجرة عما يدعيه المالك من الحصة والاجرة المعينة والا ثبت له ما يدعيه خاصة لاعترافه بانه لايستحق سواه عند المصنف في الكتاب ومن وافقه وقد عرفت قضية كلام الشرائع والتذكرة والتحرير والفخر في شرح الارشاد وقد يقال في تأييد ذلك انه اذا فرض بعد التحالف سقوط الدعويين بالكلية فكانتا كانهما لم تكونا فالواجب أجرة المثل زادت ام نقصت اذ التحالف اسقط اثر اعتراف المالك فليلحظ ذلك وليتأمل وهذا اذا وقع النزاع بعد الزرع كما يقتضيه قولهم بعد ذلك وللزارع تبقية الزرع كما ستسمع ان شاء الله تعالى فلو كان النزاع قبله وتحالفا انتفت العارية والاجارة والمزارعة وقد ذكر المصنف هذه المسألة بعينها في باب العارية قال اذا ادعى العارية والمالك الاجارة احتمل تصديق الراكب بيمينه وتصديق المالك بيمينه فيحلف على نفي العارية ويثبت له الاقل من أجرة المثل والمدعى ولم يرجح أحد القولين وقد يظهر منه الثاني وقد اختير تقديم قول الراكب بيمينه في عارية الخلاف والمبسوط والتنقيح واللمعة ومجمع البرهان والكفاية وهو الذي يقوى في نفس الشيخ في مزارعة الخلاف وهو قول أبي حنيفة مستندين الى انهما اتفقا على ان تلف المنافع كان على ملك المستعير هذا يزعم انه ملكها بالاجارة وهذا يزعم بالاعارة والاصل براءة ذمته من وجوب العوض وقد

والزارع التبقية الى وقت الاخذ (متن)

أطلنا الكلام في رده وقلنا أنه انما يصح التمسك بأصل البراءة من خصوص مايدعيه المالك لا من مطلق الحق استيفاء المنفعة (١) وقلنا ان الاصل يقتضي عدم خروج ماله عن ملكه الا بقوله واستنهضنا عليه كلام الاصحاب وصحيح اسحق بن عمار الوارد فيمن استودع رجلا الف درهم فضاعت فقال الرجل أنها وديعة وقال لآخر أنها قرض وقلنا ان هذا القول انما يتم اذا قدم الحاكم دعوى المالك بالقرعة أو بالسبق أو بجلوسه عن يمين صاحبه أو لانه اذا ترك ترك فاذا حلف المستعير على نفي الاجارة سقطت دعوى الاجرة والاجارة خصوصا ان ادعى ان الاجرة وقعت على عين شخصية وان قدم الحاكم دعوى المستعير لايكاد يتجه هذا القول واختير تقديم قول المالك في عدم العارية وثبوت اجرة المثل في عارية الشرائع والتحرير واجارة المهذب واحتملناه من عبارة اجارة المبسوط والشرائع وأوردنا عليه ما اذا كان مايدعيه المالك أقل من أجرة المثل و يعترف بنفي الزائد فينبغي أن يثبت له اقل الامرين وجعلنا هذا قولا ثالثا وقلنا انه قد يظهر من عبارة الارشاد والكتاب واوردنا عليه انه لابد من التحالف فيما اذا ادعى المالك مسمى ازيد من اجرة المثل فلا بد لنفيه من وجه شرعي ولا يندفع الا بحلف المستعير على نفي الاجارة ولهذا اختير في عارية التذكرة والمختلف والحواشي وجامع المقاصد والمسالك و لروضة انهما يتحالفان وعليه نزل الشهيد عبارة عارية الكتاب وجعلناه قولا رابعا وقلنا ان من اطلق القول بالتحالف كالمصنف في المختلف وغيره لابد من تقييده بما اذا لم تزد اجرة المثل عن المدعى واعتذرنا عن الشرائع والتحرير بان الغالب في الاجرة ان تكون بمقدار اجرة المثل فلا ينبغي الاعتراض عليهما بما اذا كان مايدعيه من الاجرة اقل واعتذرنا عن ظاهر الكتاب والارشاد بان ذلك انما هو فيما اذا تنع المالك ورضي بذلك (لكنا اوردنا على القول) بالتحالف وان كان مايدعيه المالك من الاجرة أزيد من اجرة المثل أنه اذا قدم الحاكم دعوى المالك لامر من الامور المتقدمة وحلف المستعير فلا معنى للتحالف اصلا ولا يجوز للمالك اخذ شيء منه لانه ادعى الحصة اوالاجرة بل لا يدعي غيرهما وقد سقطت باليمين ولا يجوز له اخذ شيء منه بعد اليمين كما هو مقرر معروف عندهم من انه لايجوز له اخذ الحق ولا عوضه في الدنيا بعد الحلف بل ما مل لاغرض له لانفي الحصة أو الاجرة وقد انتفت بيمينه فلا حاجة له في تحليفه على نفي العاريه كما نبه عليه مولانا المقدس الاردبيلي فليتأمل فالقول بالقرعة في تقديم حلف أحدهما كما سمعته عن الشيخ ليس بذلك البعيد وظاهر السرائر انه تتصادم الدعويين يثبت للمالك أجرة المثل من دون تحليف وقد فهم منها في المسالك موافقة الشرائع وليس ببعيد وان كان ظاهرها خلاف ذلك وتمام الكلام في باب العارية وقد ذكرنا هناك الحال فيما اذا انعكس الامر فادعى المالك الاعارة والمتصرف الاجارة و بينا أقسام ذلك والمصنف في المسئلة في اجارة الكتاب عبارة اشتبه فيها الحال على تلامذة المصنف وقد أوضحنا فيها الحال وأزلنا بلطف ذي الجلال عنها كل اشكال ومن الغريب انه حكي في الشرائع والتذكرة والتحرير وغيرها هنا قولان القول بان القول قول صاحب الارض والقول بالقرعة مع ان المحقق في الشرائع وغيره انما ذكروا في باب العارية قولين القول بتقديم قول المتصرف والقول بتقديم قول المالك ولم يذكروا القرعة ﴿قوله﴾ (والزارع التبقية الى وقت الاخذ) لانه مأذون فيه

(١) كذا وجد ولعل الصواب لاستيفاء المنفعة اومع استيفاء المنفعة اونحو ذلك فليراجع (مصححه)

أما لو قال غصبتنيها فانه يحلف ويأخذ الاجرة والارش ان عابت وطم الحفر وازالة الزرع

﴿ المقصد الثالث في المساقاة ﴾ وفيه فصلان (الاول) في أركانها وهي خمسة (الاول) العقد المساقاة معاملة على أصول ثابتة بحصة من ثمرتها (متن)

كما في الشرائع والتذكرة ولاعتراف المالك انه زرع بحق كما في جامع المقاصد والمسالك ومجمع البرهان وهو المراد مما في التحرير والارشاد والروض من ان للزارع التبقية اذ معناه ان أمره اليه ان شاء ابقاه الى ان يدرك وان شاء أخذ قصيلا وهو المراد من قولهم له التبقية الى وقت الاخذ لان كلا منهما وقت أخذ وهو أولى من قوله في المبسوط للزارع التبقية حتى يدرك ويستحصد والظاهر انهم لايختلفون في انه يلزمه أجرة الارض من حين زرعه الى حين أخذه سواء كان وقت الحصاد أو قبله (ومنه يعلم) ان المراد بأجرة المثل في قولهم له أجرة المثل الاجرة الى حين أخذه الا ان تقول انه بعد التحالف زال ما كان من اذن ونحوه فللمالك رفع الزرع وازالته وأجرة المثل أنما هي لما مضى من المدة الى ان يتفقا على أمره من ازالة أو ابقاء لكنه خلاف ماعليه الاصحاب ﴿ قوله ﴾ (أما لو قال غصبتنيها فانه يحلف ويأخذ الاجرة والارش ان عابت وطم الحفر وازالة الزرع) كما صرح بذلك كله في الشرائع والتحرير والارشاد وجامع المقاصد والروض والمسالك ومجمع البرهان والكفاية وصرح بان القول قول المالك مع يمينه وان له أجرة المثل في المبسوط وعارية التذكرة والتحرير والمختلف وجامع المقاصد وحكي عن السرائر ولم نجد التصريح به فيها في البابين وليعلم انه لا بد من تقدير وحذف في عبارة الكتاب وقد استندوا في ذلك الى أنه المنكر فان الاصل بقاء منافع أرضه على ملكه وعدم خروجها عنه بعارية ولا غيرها والآخر هو المدعي فعليه البينة ومع عدمها يحلف المالك لنفي العارية فيستمر استحقاقه منافع أرضه فيطالب بالاجرة مدة ما كانت في يده وبارش النقص وطم الحفر وازالة الزرع ان كان لانه قد انتفى الاستحقاق الذي ادعاه الزارع بيمين المالك والمخالف الشيخ في عارية الخلاف والمصنف في مزارعة التذكرة وعاريتها (قال في الخلاف) القول قول المتصرف لان المالك يدعي عليه عوضا والاصل براءة ذمته منه وزاد في عارية التذكرة ان الظاهر من اليد انها بحق والظاهر انه أراد ان الاصل في فعل المسلم الصحة وان لايفعل واجب وان لايفعل حراما وقال في الباب حلف العامل وكان للمالك الاجرة والمطالبة بازالة الزرع وارش الارض وطم الحفر وفي (جامع المقاصد) انه سهو قطعا وما استندا اليه من الاصلين فيه انه أنما يتمسك بهما اذا لم يلزم الاضرار بمسلم فتأمل

﴿ المقصد الثالث في المساقاة ﴾

(وفيه فصلان الاول في أركانها وهي خمسة الاول العقد المساقاة معاملة على أصول ثابتة بحصة من ثمرتها) قد طفحت عبارات الاصحاب من المقنعة الى الرياض بلفظ المساقاة وانما خلت عنه عبارة المقنع والانتصار لاغير وكم من عقد وحكم خلى عنه هذان الكتابان بل لم يتعرض للمزارعة ايضا أصلا في الانتصار وقد أشير اليها في صحيحتي يعقوب بن شعيب حيث يقول ويقول أسق هذا من الماء واعمره ولك نصف ماخرج وفي صحيحة الحلبي وغيره ان رسول الله صلى الله عليه وآله وسلم أعطى خيبر بالنصف أرضها ونخلها بالمساقاة ولهذا استدل عليها جماعة بالاخبار كالشيخ والراوندي وأبي العباس وغيرهم وقد طفحت كتب أصحابنا بحكاية الاجماع على مشروعيتها وجوازها كالخلاف والمبسوط وفقه الراوندي

وهي مفاعلة من السقي وسميت به لان اكثر حاجة أهل الحجاز اليه لانهم يسقون من الآبار وهي عقد لازم من الطرفين (متن)

والغنية والتذكرة والمهذب البارع وجامع المقاصد وغيرها وهو ظاهر جماعة مضافا الى الاجماعات التي تأتي في مطاوي الباب بل قد استدل عليها جماعة بالكتاب كالراوندي وأبي العباس بل رواها العامة كما في التذكرة عن الباقر عن آبائه عليهم السلام بل انما حكي الخلاف عن أبي حنيفة وزفر قالا لاتجوز هذه المساقاة لأنها معاملة بثمرة مجهولة وقد طفحت عباراتهم بوجه تسميتها بالمساقاة بما ذكر المصنف هنا من حاجة أهل الحجاز الى السقي وانه أنفعها وأكثرها مؤنة وتعبا وانه أصرح الفاظها وأظهرها في أصل الشرعية وهو نخل الحجاز ومع ذلك كله تحذلق صاحب الحدائق وقال ان ما ادعوه من لفظ المساقاة في هذه المعاملة وتسميتها بهذا الاسم لم يرد في خبر من الاخبار بالكلية وانما هي شيء اصطلحوا عليه وتبعوا العامة في التسمية بهذا الاسم وكأنه أخذ ذلك من صاحب الوافي حيث لم يعنون بالمساقاة ويا ليت شعري ما الباعث على هذه الجراءات ان هي الانزعة من نزعات الاخبارين وسوء ظن بالعلماء الاجلاء الاخيار القائمين مقام الأئمة الاطهار صلوات الله عليهم وعليهم آناء الليل وأطراف النهار مع قصر الباع في التتبع والاطلاع وسوء الظن بدعوى الاجماع وكم له من مثل ذلك وأعظم من ذلك واين هو من مثل ذلك وقد جعل المصنف هنا ان أركانها خمسة وجعل أركان المزارعة أربعة ولم يصنع غيره ولا هو في غيره مثل ذلك بل جعل في الارشاد أركانها أربعة العقد والمحل والمدة والفائدة وجعل شرائطها في التبصرة ستة والامر في ذلك سهل وقد عرفت بما عرفها به في الشرائع والتذكرة والتحرير وغيرها وهو معنى ما في المبسوط والوسيلة وفقه الراوندي والغنية والسرائر وغيرها وعرفت في النافع بأنها معاملة على الاصول بحصة من حاصلها وفي (اللمعة) بحصة من ثمرها من دون ذكر الثابتة أو النابتة في الكتابين مع عدم ذكر الثمرة في النافع فخرج بالاصول المزارعة وبالثابتة بالثاء المثلثة غير هامن الاصول التي لاتبقى كالخضراوات والودي غير المغروس والمغروس الذي لم يستقل في الارض والمغارسة وربما قرئ النابتة بالنون كما عن الشهيد فيخرج به الودي والمغارسة (وكيف كان) فالتقييد بالثابتة مبني على جعلها صفة للشجر مخصصة لموضع البحث لاشرطا ومن تركها قال أنها شرط وذكره في التعريف غير لازم أو معيب لان شرط الشيء خارج عنه وبالحصة الاجارة المتعلقة بالاصول فانها لاتعم بالحصة والمراد بالثمرة معناه المتعارف فتخرج المساقاة على ما يقصد به ورقه ونوره لكن المصنف يجوزها فكأنه أراد التعريف الجاري على رأي الاكثر أو أراد بالثمرة النماء وقد قال جماعة ان ذلك معناها شرعا وقد عرفت في المزارعة وغيرها مرادهم من هذه الكلمة ﴿ قوله ﴾ (وهي مفاعلة من السقي وسميت به لان اكثر حاجة أهل الحجاز اليه لانهم يسقون من الآبار) قد تقدم الكلام في ذلك ﴿ قوله ﴾ (وهي عقد لازم من الطرفين) اجماعا كما في جامع المقاصد والمفاتيح بلا خلاف كما في المسالك ولا نعرف فيه خلافا كما في الكفاية وبه صرح في المبسوط وفقه القرآن والوسيلة والغنية والسرائر وجامع الشرائع والشرائع والنافع وكشف الرموز والتذكرة والتحرير والارشاد والتبصرة واللمعة والمهذب البارع والتنقيح وايضاح (النافع ظ) والروض والمسالك والروضة ومجمع البرهان وهو قضية كلام الباقين في مطاوي الاحكام وبعض هذه قد صرح فيه بأنها لازمة من الطرفين وبعضها

ولا بد فيه من ايجاب دال على المقصود بلفظ المساقاة وما ساواه نحو عاملتك وصالحتك واعمل في بستاني هذا أو سلمت اليك مدة كذا وقبول وهو اللفظ الدال على الرضا ولو قال استأجرتك لتعمل لي في هذا الحائط مدة كذا بنصف حاصله لم يصح على اشكال ينشأ من اشتراط العلم في الاجرة اذا قصدت اما اذا تجوز بلفظها عن غيرها فلا (متن)

بأنها لازمة من الاجارة ومساواة أيضا من الطرفين و بعضها بأنها لاتبطل بالموت لأنها عقد لازم ومساواة من الطرفين و بالجملة لا شك ولا شبهة في لزومها من الطرفين والوجه فيه ما تقدم في المزارعة ﴿ قوله ﴾ ﴿ ولا بد فيه من ايجاب دال على المقصود بلفظ المساقاة وما ساواه نحو عاملتك وصالحتك وعمل في بستاني هذا أو سلمت اليك مدة كذا ﴾ ظاهر الشرائع والتحرير والارشاد واللمعة والروض حيث قيل فيها ان الايجاب ساقيتك أوعاملتك أو سلمت اليك أو ما أشبهه انه لابد في الايجاب من الماضوية والعربية كما هو المشهور بين المتأخرين في العقود اللازمة كما هو قضية كلام كل من قال أنه عقد على ظاهر منه وكما هو صريح جامع المقاصد و المسالك و الروضة وانه لايصح فيها الايجاب بالامر كتعهد نخلي أو أعمل في بستاني كما جوزه في التذكرة والكتاب وقد استظهر في جامع المقاصد انه لايكتفي بالامر واستشكل في كفايته في المسالك والروضة والمصنف استشكل في ذلك في المزارعة وجزم به هنا وقد اكتفى به هناك في الشرائع والتحرير والارشاد حتى قيل في الروضة انه المشهور وقد عرفت ان ظاهر هذه الثلاثة هنا العدم ولعله لما ذكره في المسالك و الروضة من وجود النص بذلك في المزارعة وعدمه في المساقاة وهو وهم قطعا لوجوده في ظنهم في صحيحة يعقوب بن شعيب وقد قال هناك انه لعله أشار اليها المحقق الثاني في تعليق النافع وأنها قاصرة الدلالة كصحيحة عبد الله بن سنان ولم يختلف في البين في الايجاب كلام التذكرة ومجمع البرهان والكفاية فانه قد اكتفي فيها بالامر لكنه متجه على أصل المولى الاردبيلي والخراساني في كل عقد لازم واظاهر العدم حيث يراد اللزوم مثل ماتقدم في المزارعة وهو لازم الايصاح لانهلم يكتف به هناك وقد منع في التذكرة وجامع المقاصد من جريان المعاطاة في هذا العقد وجوز ذلك في مجمع البرهان وهو الحق لما حررناه في باب البيع ﴿ قوله ﴾ ﴿ وقبول وهو اللفظ الدال على الرضا ﴾ كما هو خيرة التذكرة وجامع المقاصد والمسالك والروضة وهو ظاهر التحرير حيث قال لا بد من قبول وكذا التنقيح بل هو ظاهر كل من قال أنه عقد فتأمل (وقال في اللمعة) القبول الرضا به وقد يظهر منها الاكتفاء بالقبول الفعلي كما يظهر ذلك مما ترك فيه ذكره بالكلية كالشرائع والارشاد مع انه صرح في الارشاد في المزارعة بأن القبول قبلت وظاهره أنه لا بد من اللفظ بل انحصاره في قبلت وقد اكتفى المصنف في المزارعة والمحقق الثاني فيها في تعليق الارشاد بالقبول الفعلي وهو خيرة المقدس الاردبيلي والمولى الخراساني وهو متجه على أصلهما وهو ظاهر التحرير هناك حيث لم يذكره وقد ذكره هنا كما سمعت فانظر الى اختلاف كلامهم في البابين في الايجاب والقبول والاصح أنه لا بد في اللزوم من القبول اللفظي ﴿ قوله ﴾ ﴿ ولو قال استأجرتك لتعمل لي في هذه الحائط مدة كذا بنصف حاصله لم تصح على اشكال ينشأ من اشتراط العلم في الاجرة اذا قصدت اما اذا تجوز بلفظها عن غيرها فلا ﴾ الذي فهمه ولده من العبارة و بن اخته أنه لو عقد المساقاة بلفظ الاجارة فقال استأجرتك لتعمل في هذا الحائط مدة كذا بنصف حاصله لم يصح على اشكال ينشأ من ان اشتراط العلم في الاجرة انما هو

اذا قصدت الاجارة فاما اذا تجوز بلفظها عن غيرها مما لا يشترط فيه العلم فلا اشتراط حينئذ له فيصح ومن ان لفظ الاجارة صريح فى موضعه لا في المساقاة فاذا لم يجد نفوذا في موضعه كانت اجارة فاسدة ولا تتم به المساقاة لان لكل عقد لفظا يخصه فلا يقع بلفظ عقد آخر وقوفا على توقيف الشارع وقد اعترضهما المحقق الثاني بانه لا دلالة لعدم اشتراط العلم مع التجوز بلفظ الاجارة في المساقاة على صحة المساقاة بلفظ الاجارة (وفيه) انهما لم يجعلا عدم اشتراط العلم دليلا وانما يقولان ان عدم العلم بالاجرة مانع من صحة الاجارة لان العلم بالاجرة فيها شرط وهذا المانع مفقود فى المساقاة لان العلم بها فيها ليس شرطا ولما كان كل من هذين العقدين يشابه الآخر ولفظ كل منهما يحتمل معنى لفظ الآخر صح التجوز باحدهما عن الآخر مع عموم قوله سبحانه وتعالى أوفوا بالعقود فهذا هو الدليل (قال في جامع المقاصد) والذى ذكره المصنف في التذكرة وغيرها في بيان وجه الصحة ان كلا من هذين العقدين يشابه الآخر ولفظ كل منهما يحتمل معنى لفظ الآخر ويؤيده عموم أوفوا (قلت) قد جزم في التذكرة والتحرير في المسئلة بعدم الصحة ولم نجد أحدا ما غيره بعد التتبع التام تعرض للمسئلة غير الشيخ في المبسوط على احتمال قال ومتى استأجره على ان له سهما من الثمرة في مقابلة عمله فان كان قبل خلق الثمرة فالعقد باطل وان كانت مخلوقة بعد بدو صلاحها تكاملا بشرط القطع صح وان استأجره بسهم غير مشاع منها لم يصح لانه لم يلحق وان كان شرط القطع لم يصح لانه لا يمكن أن يسلم اليه ما وقع عليه العقد الا بقطع غيره وهذا يفسد العقد فان كانت من مسئلتنا بأن يراد السهم من الثمرة فى كلامه الجزء المشاع كنصفها فلم يذكر وجه الصحة فضلا عن أن يذكر في بيانه ما ذكر في جامع المقاصد نعم قد ذكر المصنف في الكتاب والتذكرة والتحرير والارشاد والمحقق في الشرائع وغيرهما ممن تأخر عنهما انه لو عقد المزارعة بلفظ الاجارة لم تنعقد اجارة ولا زراعة جازمين من غير اشكال ولا احتمال بل بعض من تأخر نفى عن ذلك الاشكال كما تقدم وما نسبه الى المصنف في التذكرة وغيرها انما ذكره الشافعية (قال في التذكرة) لو قال استأجرتك لتتعهد نخلي بكذا من ثمارها أو بنصف ثمارها لم يصح لان المساقاة والاجارة معنيان مختلفان لا يعبر باحدهما عن الآخر ولو قصد الاجارة بطل لجهالة العوض وللشافعية قولان جاريان في الاجارة بلفظ المساقاة أحدهما الصحة لما بين العقدين من المشابهة واحتمال كل من اللفظين معنى الآخر وأظهرهما عندهم المنع لان لفظ الاجارة صريح في غير المساقاة فان أمكن تنفيذه في موضعه نفذ والا فهو اجارة فاسدة والخلاف بينهم راجع الى أن الاعتبار باللفظ أو بالمعنى انتهى ما التذكرة (وقال في جامع المقاصد) ويحتمل أن يراد بالعبارة معنى آخر وهو أن يكون قوله ولو قال استأجرتك مرادا به الاجارة ويكون قوله اذا قصدت شرطا للحكم في ذلك بعدم الصحة على الاشكال (لا اشكال نحل) وقوله ينشأ من اشتراط العلم بالاجرة اعتراض لبيان أحد وجهي الاشكال والوجه الآخر ترك بيانه لظهوره وقوله وأما اذا تجوز بلفظها عن غيرها فلا معناه ان الاشكال في الصحة اذا قصد بالاجارة معناها فاما اذا قصد بلفظها التجوز عن غيرها فلا اشكال فى عدم الصحة لان العقود اللازمة لا مجازات فيها عندنا فلا تقع بالكنايات ولا بالمجازات قال وفي هذا الحمل فوائد (الاولى) السلامة من طول العبارة بلا فائدة (الثانية) السلامة من عدم حصول صورة الدليل فيها (الثالثة) أنه لا ربط بين الحكم بعدم الصحة والدليل المذكور على ذلك التقدير لانه حينئذ دليل الصحة والربط وان لم يكن لازما لكنه أحسن (الرابع) مسئلة زائدة وهو بيان حكم ما اذا قصد الاجارة الى أن قال وعلى كل حال

ولا تبطل بموت احد المتعاملين (الثاني) متعلق العقد وهو الاشجار كالنخل وشجر الفواكه والكرم وضابطه كل ما له أصل ثابت له ثمرة ينتفع بها مع بقائه (متن)

فالعبارة لا تخلو من شيء (ونحن نقول) كيف يصح للمصنف أن يجعل ما هو قطعي البطلان الذي لم يستشكل فيه أحد في الباب ولا باب المزارعة محلا للاشكال وما هو محل الاشكال كما سمعته عن الشافعية لا اشكال فيه لأنهم استشكلوا في ارادة المساقاة من لفظ الاجارة لمكان المشابهة كما سمعت فالمصنف أشار بالاشكال في المسألة الى ذلك ثم أنه لا يكاد يظهر لنا الوجه المتروك من وجهي الاشكال الذي ادعى ظهوره على ان صاحب البيت وهما ولده وابن اخته أدرى بمراده وما ذكره من الفوائد مبني على أصل فاسد وهو جعل ما هو قطعي البطلان مجمع عليه عند الاصحاب محل اشكال (وكيف كان)فالاصح عدم الصحة كما في الايضاح وجامع المقاصد وقد سمعت ما في التذكرة والتحرير وكذا المبسوط كما سمعت كلامهم في مثله في المزارعة ﴿قوله﴾ (ولا تبطل بموت أحد المتعاقدين) كما في جمع الشرائع والشرائع والنافع وكشف الرموز والتذكرة والتحرير والارشاد والخلاف والمهذب البارع والتنقيح والروض والمسالك وفي (الكفاية)انه المشهور وفي (ايضاح النافع) ان عليه الفتوى وفي (جامع المقاصد)لا نعرف فيه خلافا (قلت) الخلاف معروف محكي عن الشيخ في المبسوط (قال في المبسوط) اذا مات أحدهما أو ماتا انفسخت المساقاة كالاجارة عندنا وظاهره الاجماع والبطلان ظاهر المهذب أو صريحه (وقال في المهذب البارع والمقتصر) ان من قال ببطلان العقد في الاجارة قال ببطلانه هنا ومن لا فلا وقد حكينا في باب الاجارة القول بالبطلان عن جم غفير وقد تقدم في باب المزارعة تمام الكلام فيما نحن فيه وقد اتفقت الكلمة على الظاهر انه لو كان قد اشترط على العامل أن يعمل بنفسه بطل العقد بموته ﴿ قوله ﴾ (الثاني متعلق العقد وهو الاشجار كالنخل وشجر الفواكه والكرم وضابطه كل ما له أصل ثابت له ثمرة ينتفع بها مع بقائه) قد صرح بعقد هذا الضابط في الشرائع والنافع والتذكرة والتحرير والارشاد والتبصرة واللمعة والمهذب البارع والتنقيح وجامع المقاصد والروض والمسالك والروضة ومجمع البرهان والكفاية والرياض وكذا المبسوط والسرائر وفي (الغنية)الاجماع على النخل والكرم وغيرهما من الشجر المثمر وفي (الرياض) انه لا خلاف في عقد هذا الضابط وهو كذلك (وقال في التذكرة) وكل ما لا أصل له ولا يسمى شجرا عرفا لا تصح المساقاة عليه كالبطيخ والقثا وقصب السكر والباذنجان والبقول التي لا تثبت في الارض ولا يجز الا مرة فلا تصح المساقاة عليه اجماعا وأما ما يثبت في الارض و يجز مرة بعد أخرى فكذلك اذا لم يسم شجرا وظاهره (١) الاجماع عليه أيضا مع ان الشيخ في الخلاف جوز المساقاة على البقل الذي يجز مرة بعد أخرى وقد يظهر منه فيه دعوى الاجماع وجوز صاحب جامع الشرائع المساقاة على الباذنجان ولعله لذلك قال ولده في شرح الارشاد في عقد الضابط وابو العباس في المهذب والخراساني في الكفاية انه المشهور والحاصل ان جوازها في عقد الضابط مجمع عليه قطعا لا خلاف فيه الا من الشافعي فانه منعها في غير النخل والكرم لانهما زكويان وانما الكلام في جوازها في غير عقد الضابط و يأتي بيانه انشاء

---

(١) كذا في النسخة وفي العبارة نقص ولعل صوابها وظاهره أو وظاهر الخلاف أو نحو ذلك فراجع (مصححه)

وفي المساقاة على ما لا ثمرة له اذا قصد ورقه كالتوت والحنا اشكال أقربه الجواز وكذا ما يقصد زهره كالورد وشبهه (متن)

الله تعالى ﴿ قوله ﴾ (وفي المساقاة على ما لا ثمرة له اذا قصد ورقه كالتوت والحنا اشكال أقربه الجواز وكذا ما يقصد زهره كالورد وشبهه) ما قربه في الامرين هو الاقرب كما في التذكرة والتحرير وغاية المراد والمهذب البارع وايضاح النافع وجامع المقاصد والروض والكفاية وفي (الايضاح) انه اصح وفي (الروضة) أنه متجه وفي (المسالك) أنه لا يخلو من قوة وفي (مجمع البرهان) انه غير بعيد وهو خيرة فخر الاسلام في خصوص التوت والحنا (وقال في الخلاف) تجوز المساقاة فيما عدا النخل والكرم من الاشجار بالاجماع والاصل وبالجواز في الاشجار غير الكرم والنخل صرح في النهاية والمهذب وقد يظهر ذلك أو يلوح من المقنعة والمراسم وهو لازم ليحيى بن سعيد حيث حوزها في الباذنجان وقد استدل عليه في التذكرة وجامع المقاصد بانه قد جاء في لفظ بعض الاخبار بان النبي صلى الله عليه وآله وسلم عامل أهل خيبر بشطر ما يخرج من النخل والشجر (قال في جامع المقاصد) وما من ادوات العموم فيعم المتنازع فيه فهو دال على جواز المساقاة على كل ما تناوله اللفظ ولا دليل على اختصاص ذلك بماله ثمرة وقد تبهما على ذلك صاحب المسالك وقال وفي بعض الاخبار ما يقتضي دخوله (قلت) هذا الخبر بهذا المتن لم نجده في أخبارنا الموجودة في الكتب الاربعة وانما رواه الشيخ في الخلاف عن نافع عن ابن عمر قال عامل رسول الله صلى الله عليه وآله أهل خيبر الخبر الا أن تقول انه يعضده الاصل بمعنى العموم واجماع الخلاف والفتوى به في ثمانية عشر كتابا أو أكثر ما بين تصريح وميل وظهور وتلويح وفي عشرة بلاغ والاولى الاستدلال عليه من جهة الاخبار بالعلة المومى اليها في موضعين من صحيحة يعقوب بن شعيب وغيرها حيث قال عليه السلام فاعطاهم اياها على أن يعمروها ولهم النصف مما أخرجت فان فيه ايماء الى العلة وهو أن يكون مما يخرج في كل سنة ويتكرر في كل عام ويمكن أخذه وهذا موجود في التوت والحنا والورد والنيلوفر والياسمين بالنسبة الى ورده ويخرج بما لا يوجد فيه ذلك كالصفصاف والحور وشجر الخلب والسرو والياض والياسمين بالنسبة الى أغصانه ونحو ذلك كالصنوبر بالنسبة الى دهنه لا ثمرة مع موافقة الاعتبار وسهولة الشريعة فان الحاجة قد تدعوا الى ذلك فالمنع يخالف سهولة الشرع والظاهر ان أرض خيبر على كثرتها لم تكن خالية عن مثل ذلك بل في جامع المقاصد أن وجود ذلك في خيبر كاد يكون معلوما واستند في ذلك في مجمع البرهان الى فحولة النخل فان ثمرها كورق التوت لكونه لا يعد ثمرا لغة وعرفا ثم ان المساقاة جائزة اجماعا في الاشجار التي لها ثمار ولم يعلم وجودها في بساتين خيبر أو علم عدمها فليكن ما نحن فيه مثلها بل ادعى صاحب ايضاح النافع ان ذلك ثمرها في الحقيقة سلمنا لكنه لم يعلم كون التعريف مأخوذا من دليل بحيث لا يجوز غيره اذ قد تقدم لنا أنه قد يكون لكونه محل وفاق أو أكثر يأتم أنه لا مصرح بالمنع الا الشيخ في المبسوط فانه قال تارة ما لا ثمرة له من الشجر كالتوت الذكر والخلاف لا تجوز مساقاته بلا خلاف وتارة الشجر الذي لا ثمرة له لا تجوز مساقاته والمحقق في الشرائع والمصنف في الارشاد والشهيد في اللمعة والمقداد مترددون ثم قد يعطي ذلك ظاهر كلام الوسيلة والغنية والنافع والتبصرة وحجتهم على ذلك ان المساقاة على خلاف الاصل لانها معاملة على مجهول فيقتصر فيها على موضع اليقين واذا تم ما ذكرناه من وجود العلة اندفع ذلك وفي (المسالك) أن المراد بالتوت المبحوث

والبقل والبطيخ والباذنجان وقصب السكر وشبهه ملحق بالزرع ولا تصح على ما لا ثمرة له ولا يقصد ورقه كالصفصاف ولا بد ان يكون الاشجار معلومة ثابتة فلو ساقاه على ودي غير مغروس ليغرسه بطل (متن)

عنه الذكر اما الاول المقصود منه الثمرة فجائزة المساقاة عليه اجماعا وقد أخذه من قوله في التذكرة تجوز المساقاة عليه عندنا والا فلم يفرق بينهما قبله في التذكرة الا الشيخ في المبسوط وفي (الروضة) انه لا شبهة فيه والتوت الذي له ثمر على قسمين فرصاد وغيره وغير الفرصاد يقصد بورقه ايضا وقل ما ينتفع بثمره في اطراف الشامات بل لا يقصد الا نادرا نعم هو مقصود في المدن الكبار ﴿ قوله ﴾ ﴿ والبقل والبطيخ والباذنجان وقصب السكر وشبهه ملحق بالزرع ﴾ كما في المهذب البارع وجامع المقاصد وقد سمعت آنفا اجماع التذكرة على عدم صحتها في ذلك وفي التنا (١) والبقول التي لا تثبت في الارض ومعنى الحاقها بالزرع انه كما لا تجوز المساقاة على الزرع بعد زرعه كذلك لا تجوز المساقاة عليها بعد زرعها واستنباتها نعم تجوز المزارعه عليها بان يزارعه على الارض ليزرعها هذه او بعضها بحصة منها كما يزارعه على الحنطة ونحوها وقد سمعت ما في الخلاف وما في جامع الشرائع ﴿ قوله ﴾ ﴿ ولا تصح على ما لا ثمرة له ولا يقصد ورقه كالصفصاف ﴾ قد سمعت نفي الخلاف في المبسوط عن عدم جوازها فيما لا ثمرة له كالخلاف وقد قال في القاموس الصفصاف شجر الخلاف وقد ذكر في موضع آخر منه أن الخلاف مخفف وان تشديده لحن صنف من الصفصاف لكنه قد جوز في التذكرة المساقاة على الخلاف لاغصانه التي تقصد لكل سنة او سنتين ونص في التحرير على عدم الجواز فيه وفيما له ثمر غير مقصود كالصنوبر وفيه ان ثمر الصنوبر مما يطلب ويقصد ويرغب ويتنافس فيه في اطراف الشامات وفي (جامع المقاصد) أن من الخلاف ماله نور يستخرج ماؤه كالورد فعلى ماسبق تصح المساقاة عليه وكلام الخلاف يعطي جواز المساقاة على الخلاف وغيره من الاشجار حيث صرح فيه بجوازها فيما عدا النخل والكرم من الاشجار معرفا باللام مدعيا الاجماع ومثله في ذلك من دون دعوى الاجماع كلام المهذب بل كاد يكون أوضح منه حيث قال تصح في النخل والشجر كرما كان أو غير كرم ونحوه كلام النهاية والعلة المومى اليها تقتضي تجويزها في كل ما وجدت فيه ﴿ قوله ﴾ ﴿ ولا بد من أن يكون الاشجار معلومة بالرؤية او بوصف الرافع للجهالة ﴾ كما في جامع المقاصد وهو أحسن مما في التذكرة والارشاد من قوله أنه لا بد من أن تكون مشاهدة مرئية ونحوه ما في مجمع البرهان ومن قوله في التذكرة والتحرير لا بد من أن تكون مرئية مشاهدة وقت العقد أو قبله أو موصوفة بوصف يرفع الجهالة ونحوه ما في الروض وتركه الباقون لظهوره لانها معاملة لازمة فلا بد فيها من العلم بما يعامل عليه على أنها عقد مشتمل على الغرر والجهالة فلا تحتمل غرراً آخر وقد أمر بالتأمل في مجمع البرهان ولعله متأمل في أصل المسألة أو في اقتصاره في الارشاد على ذكر الرؤية فقط ﴿ قوله ﴾ ﴿ ثابتة فلو ساقاه على ودي غير مغروس ليغرسه بطل ﴾ كما في المبسوط والسرائر والشرائع وغيرها (وقال في التذكرة) بطل عندنا وصريح مجموع كلامه أنه لم يخالف في ذلك الا احمد فلذلك قيل في جامع المقاصد والمسالك بلا خلاف الا من احمد كما في الاول والا

---

(١) الذي كان في النسخة هكذا التناف والذي مر في عبارة التذكرة الث وقصب السكر والباذنجان الخ (مصححه)

وان لا تكون الثمرة بارزة فتبطل الا ان يبقى للعامل عمل تستزاد به الثمرة وان قل كالتأبير والسقي واصلاح الثمرة لا ما لا يزيد كالجداد ونحوه (متن)

من بعض العامة كما في الثاني وستسمع كلام الاصحاب في ذلك مفصلا ان شاء الله تعالى ومن الغريب أنه قال في الكفاية أنه المشهور ولعله لقوله في مجمع البرهان لولا نقل الاجماع في شرح الشرائع لكان القول بالجواز فيه متجها والا فقد تتبعنا كتب الاصحاب فلم نجد فيه خلافا ولا تأملا من أحد بل هم بين تارك ذكره وبين مصرح فيه بعدم الصحة كالشيخ في المبسوط والمحقق في الشرائع والمصنف في التحرير والارشاد وغيرهم وهو قضية كلام الباقين وبه افصح تعريفهم حيث قالوا ثابتة وانما خلت عن ذلك عبارة النافع واللمعة وقد قلنا انهما قالا انها شرط فلا يناسب ذكرها في التعريف على أن المتبادر من الاصول معرفا هو ما كان ثابتا ثم ان وجهه ظاهر وهو أنه قد لا يعلق فهو غرر في غرر فيقتصر على المتيقن وان الغراس ليس من اعمال المساقاة وليس لا بعد الا القياس على المزارعة فيما اذا كان البذر من صاحب الارض والعلة المومى اليها أنما هي في مورد الخبر وهي الاصول الثابتة وقد يظهر من مجمع البحرين ان في ذلك خبرا حيث قال ومنه لو ساقاه على ودي غير مغروس فسد ولم نجد لذلك في أخبارنا ولا نقله أحد عن العامة ونحوه قوله في الحدائق لو ساقاه على ودي أو شجر غير ثابت لم يصح بلا خلاف نصا وفتوى وهذا يمكن توجيهه لانه اعترف قبل ذلك بعدم وجود النص والودي كغني فسيل النخل قبل ان يغرس كما في التذكرة والمسالك وفي (المصباح والقاموس) أنه صغار الفسيل وفي (مجمع البحرين والمبسوط والسرائر وايضاح النافع) أنه صغار النخل وفي (المصباح) ان الفسيل ما ينبت مع النخلة ويقلع منها وقال الفسيل صغار النخل الواحدة فسيلة وهي التي تقطع من الام او تقلع من الارض فتغرس وهو ظاهر في ان اطلاق الفسيلة عليه أنما هو بعد القلع أو القطع ﴿ قوله ﴾ ﴿ وان لا تكون الثمرة بارزة فتبطل لا أن يبقى للعامل عمل تستزاد به الثمرة وان قل كالتأبير والسقي واصلاح الثمرة لا ما لا يزيد كالجداد ونحوه ﴾ صحة المساقاة قبل ظهور الثمرة هو الذي ورد به الشرع كما في المبسوط وقد حكى على ذلك الاجماع في النافع والتحرير وشرح الارشاد لفخر والمسالك وكذا المهذب البارع وفي (الكفاية) لا خلاف فيه وفي (مجمع البرهان) لا شك فيه واما صحتها اذا بقي للعامل عمل تستزاد به الثمرة فقد نسب الى الاصحاب في ايضاح النافع وقضية كلام فخر الاسلام انه مجمع عليه لا خلاف فيه كما ستسمع وفي (المهذب البارع) أنه المشهور وبه صرح في المبسوط والوسيلة والشرائع والنافع والتذكرة والتحرير والارشاد وشرحه لولده والتبصرة واللمعة والروض والمسالك والروضة ومجمع البرهان والكفاية بل في الخلاف والغنية والسرائر والمختلف والمهذب البارع وايضاح النافع وكذا جامع الشرائع أنها تصح اذا بقي للعامل عمل من دون تقييد بكونه فيه زيادة في الثمرة وقضية ذلك كما هو صريح المهذب البارع وايضاح النافع أنه يكفي في الصحة مجرد العمل ولو لم يكن فيه زيادة في الثمرة سواء كان جدادا وحفظا عن نقص وتلف وفي (الروض) الا كفاء بالزيادة الحكمية وفي (ايضاح النافع) أن الحفظ عن النقص زيادة حكمية وفي (مجمع البرهان) كفاية الزيادة في الكيفية (قال في المهذب البارع) يكفي في الجواز بقاء عمل تنتفع به الثمرة ولو في ابقائها وحفظها قال فلو صارت رطبا تاما وهي مفتقرة الى الجداد والتشميس والكبس في الظروف جازت المساقاة عليها وظاهر فخر الاسلام في شرح الارشاد التوقف في زيادة

الصفة حيث نقل قولين في ذلك من دون ترجيح وجزم بالصحة في الزيادة في الثمرة وقد نقل هو كوالده في التذكرة وصاحب جامع المقاصد والشهيد الثاني في المسالك والروضة وصاحب الرياض الاجماع على عدم الصحة اذا لم يبق العمل فيها مستزاد وفي (الكفاية) انه لا نعرف في ذلك خلافا وفي (مجمع البرهان) لعله لا خلاف فيه وكأنهم يقيدون العمل في كلام المخالف وما وافقه بما فيه زيادة وقضية كلام الفخر ان المراد بالزيادة في كلام الاصحاب الزيادة في العين لكن اطلاق كلامهم يشمل الزيادة في العين والصفة وبه صرح في التذكرة في أثناء كلام له وهو الذي فهمه منهم مولانا المقدس الاردبيلي على الظاهر من كلامه وقد فسرت الزيادة في المبسوط والتذكرة وجامع المقاصد باصلاح الثمرة والتأبير والسقي وزاد المتأخرون الحرث ورفع اغصان الكرم ولعل الاصلاح ورفع الاغصان انما يزيدان في بعض الاحوال في الصفة وقد يقال ان الزيادة في الصفة والكيفية بما ذكروا زيادة في عين الثمر لان اصلاح الثمرة ورفع الاغصان عنها وحفظها الى تناهي ادراكها وكمال بلوغها زيادة في عينها والذي حكيناه عن فخر الاسلام هو قوله وان كانت الزيادة في الصفة كالتشميس ونحوه فيه خلاف قيل يصح وقيل لا انتهى فكانت الصفة على قسمين عنده قسم يستلزم الزيادة في العين وهذا لا خلاف فيه عنده وقسم لا يستلزمها كالتشميس وفيه خلاف ولا ترجيح فيه عنده وفي (المسالك) بعد ان حكى الاجماع على عدم الصحة عند عدم الزيادة وان احتاجت الى الحفظ قال بعد اسطر اذا كان العمل بحيث لولاه لاختل حال الثمرة لكن لا يحصل به زيادة كحفظها من فساد الوحش ونحوه فمقتضى القاعدة عدم الجواز وكلامه متأمل في ذلك ولا وجه له مع دعواه الاجماع كما عرفت وقد تبعه في ذلك كله صاحب الرياض وقد أخذ ذلك في المسالك من قوله في جامع المقاصد ولو كان العمل بحيث لولاه لاختل حال الثمرة الا انه لا يحصل به زيادة ان أمكن تحقق هذا الفرض فهل تصح معه المساقاة ينبغي القول بالصحة لانه حينئذ لم يتحقق تناهي بلوغ الثمرة فتحققت الزيادة لان كمال البلوغ ونهاية الادراك زيادة فيها وهو كلام موجه سديد في محله لا يرد عليه ما في المسالك وفيه شهادة على ما حررناه آنفا وقد وقع في كلام بعض المتأخرين ان لنا قولا بعدم صحة المساقاة اذا كان قد بقي عمل فيه زيادة في الثمرة ولم نجده لنا وانما ذكر جماعة ان في ذلك وجهين والقول بالعدم انما هو أحد قولين الشافعي واحدى الروايتين عن أحمد وأغرب من ذلك ان صاحب الحدائق استظهر ان القول بالصحة مشهور عندنا هذا تحرير كلام الاصحاب في المقام وقد تحرر من ذلك اتفاق الكلمة على صحة المساقاة اذا كان للعمل زيادة في الثمرة نقلا عن ظاهر شرح الارشاد لفخر الاسلام وايضاح النافع وتحصيلا لان الشيخ في الخلاف ومن وافقه قائلون بذلك وزيادة وحجتهم بعد ذلك عموم الادلة وظهور الاثر العمل مع مواضعة الاعتبار هو انتفاء الغرر فاذا جازت قبل ظهور الثمرة مع ما فيه من الغرر جازت بعد ظهورها بالاولى لانها صارت موجودة معلومة خالية عن الغرر ووجه العدم للشافعي في أحد قوليه وأحمد في احدى الروايتين ان الثمرة اذا خرجت حصل المقصود ملك (١) لمالك الثمرة وفيه انما نمنع حصول المقصود اذ المفروض حصول زيادة بعمل العامل وحجة الخلاف وما وافقه ما ذكر فيه وفي الغنية من الاصل وعموم الادلة لان الاخبار عامة لم يفرق فيها بين حال ظهور الثمرة وعدمها فالمنع يحتاج الى دليل وقد سمعت ما في المبسوط من ان الشرع والاخبار وردت فيما قبل الظهور والحق عدم جوازها

---

(١) كذا في النسخة وكان الصواب وملك . أو من ملك الخ فليراجع (مصححه)

ولا بد ان تكون الثمرة مما تحصل في مدة العمل فلو ساقاه على ودي مغروس مدة لايثمر فيها قطعا او ظنا أو متساويا بطل ولو علم اوظن حصول الثمرة فيها صح (متن)

وصحتها اذا لم يبق للعمل أثر أصلا لا الحداد والتشميس والكبس في الظروف وان بقي للعمل أثر ونفع في زيادة الثمرة وجودة ايناعها ونهاية ادرا كها صحت المساقاة على الاصح وعلى ذلك ينز كلام الاصحاب وكلام المهذب البارع وما وافقه مما لايقبل التنزيل شاذ نادر ﴿ قوله ﴾ ﴿ ولا بد ان تكون الثمرة مما تحصل في مدة العمل فلو ساقاه على ودي مغروس مدة لايثمر فيها قطعا أوظنا أو متساويا بطل ﴾ كما في المبسوط والسرائر والشرائع والتذكرة والارشاد وجامع المقاصد والروض والمسالك ومجمع البرهان وهو قضية كلام التحرير والايضاح لما تقدم له في المزارعة وبه جزم في المهذب البارع هنا في صورة العلم وفي (الكفاية والرياض) قالوا وظاهرها التأمل في ذلك وقد خلت عبارة الشرائع و بعض ما ذكر بعدها عن صورة القطع بعدم الثمرة لظهوره ولدلالة صورتي الظن والتساوي عليه الاولى وفي التذكرة الاجماع على البطلان في صورة العلم وقد تقدم للمصنف في مزارعة الكتاب انه لو علم القصور فالاشكال والصحة هنا قضية اطلاق الكافي والمراسم والوسيلة والغنية وجامع الشرائع وقد قلنا في المزارعة ان الصحة قضية خمسة عشر كتابا أوأ كثر لكنا قلنا لعل المتبادر من اطلاقهم انما هو المدة الكاملة غير الناقصة وقد أسبغنا الكلام هناك في النقض والابرام وقد نفى مولانا المقدس الاردبيلي البعد عن الصحة اذا حصلت الثمرة في صورتي الظن والتساوي لعموم الادلة والاصل عدم اشتراط شيء آخر وصدق التعريف وقد أدى جماعة قد غفلوا عما تقدم لهم في المزارعة حيث لم يشيروا الى ذلك أصلا وعلى تقدير البطلان فالظاهر انه لايثبت للعامل أجرة المثل مع علمه لانه متبرع فكان كمن زارع على ان لايكون له شيء أو استؤجر كذلك كما تقدم والظاهر ثبوتها له في صورة الجهل خصوصا مع علم المالك بناء على القاعدة المقررة وهي انه اذا بطل العقد ثبت للعامل أجرة المثل وهو خيرة التذكرة والمسالك ومجمع البرهان وقضية كلام التحرير وصريح المهذب ثبوت الاجرة من غير تفصيل ولا ترجيح في المبسوط ﴿ قوله ﴾ ﴿ ولو علم أو ظن حصول الثمرة فيها صح ﴾ كما في المبسوط والسرائر والشرائع والنافع والتذكرة والتحرير والارشاد والتبصرة والتنقيح وجامع المقاصد وايضاح النافع والروض والمسالك والروضة ومجمع البرهان والكفاية وفي موضع آخر من الاخير انه المشهور وفي (الرياض) قالوا وظاهره التأمل في ذلك ولاوجه له وقد ترك في الشرائع وأ كثر ماذكر بعدها صورة العلم للعلم به وقد أبدل في بعض هذه الكتب ظن حصول الثمرة بغلبة حصولها وهي في معنى الظن ثم في عبارة التبصرة امكان حصولها من دون تقييد بغلبة ولا ظن كما أطلقت المدة في جملة من العبارات كما عرفت آنفا وظاهر كلام المهذب البارع أو صريحه انه لابد من القطع بالحصول ويمكن تأويله وليس في كثير من هذه العبارات التعرض لخصوص الودي بل أطلقوا الكلمة بانه يشترط في المدة الظن بحصول الثمرة وغلبة حصولها وجهوه بأن الظن مناط أ كثر الشرعيات وان غاية مايستفاد من العادة المستمرة هو الظن الغالب فاذا احتاط وعمل بالظن الغالب فليس عليه أزيد من ذلك ويستفاد من كلامهم في المقام كما هو صريح جماعة منهم ان عدم الثمرة غير قادح في صحة المساقاة اذا كان حصولها مظنونا عادة حين العقد كما يأتي التنبيه وحينئذ فيجب عليه اتمام العمل لو علم بالانقطاع

ولو ساقاه عشر سنين وكانت الثمرة لا تتوقع الا في العاشر جاز ويكون في مقابلة كل العمل وتصح المساقاة على البعل من الشجر كما تصح على ما يفتقر الى السقي (متن)

قبله ولا أجرة له وهو ظاهر المبسوط والسرائر والتحرير حيث قيل فيها وان لم يعمل فلا شيء له لانها مساقاة صحيحة فاذا لم تثمر لم يستحق شيئاً كالقراض الصحيح اذا لم يربح شيئاً فليتأمل في كلامهم ومثله مالو تلفت الثمار كلها أو أكلها الجراد كما يجب على عامل القراض انضاض المال وان ظهر الخسران بل هنا أولى للزوم العقد ووجوب العمل واحتمل في التذكرة انفساخ العقد لو تلفت الثمار واستشكل فيما نحن فيه فارقاً بين المعاملتين بأن المباشر للبيع والشراء العامل في القراض فكان عليه انضاض المال بخلاف عامل المساقاة واعترض بأن عقد المساقاة لازم فاذا وجب على عامل القراض مع جواز عقده فهنا أولى والظاهر كما في مجمع البرهان العدم لأنها معاوضة أو كالمعاوضة فمع عـدم العوض لا ينبغي في الشريعـة السمحاء تكليفه فكان كتلف المبيع قبل قبضه ولو سلم ذلك في القراض لدليـل قاهر والا قلنا بالمنع فيه ايضا مع امكان الفرق ولم نجد القائلين بوجوب انضاض المال على العامل اذا طلبه المالك حيث لاربح وهم الشيخ في المبسوط والمحقق والمصنف في الكتاب والتحرير الا قوله صلى الله عليه وآله وسلم على اليد ما أخذت حتى تؤدي وقد أخذه نقـداً فيجب عليه رده اليه وانه قد حدث التغيير في المـال بفعله فيجب رده (وفيه) ان الخبر انما دل على رد المأخوذ واما رده على ما كان عليه فلا دلالة عليـه والتغيير انما حدث باذن المالك وأمره والاصل براءة الذمة من عمل لا عوض عليه ولذلك قال ومال جماعة من المتأخرين الى العدم ﴿ قوله ﴾ (ولو ساقاه عشر سنين وكانت الثمرة لا تتوقع الا في العاشرة جاز) كما في التذكرة والارشاد وجامع المقاصد والروض ومجمع البرهان وهو قضية كلام المبسوط وغيره وحاصله انه لا يشترط في صحة العـقد حصول الثمرة في اثناء جميع هذه المدة المشترطة بحيث تكون في أولها ووسطها أو بحيث يبقى بعد حصول الثمرة مدة كثيرة من تلك المدة بل يكفي حصولها في آخر تلك المدة ودليله عموم الادلة وان المساقاة قد اشتملت على جميع الامور المعتبرة فيها من أصل ثابت وعمل وحصة وخلو بعض السنين عن حصول الثمرة غير قادح فان المعتبر حصولها في مجموع المدة ﴿ قوله ﴾ (ويكون ذلك في مقابلة كل العمل) كما هو صريح مجمع البرهان وقضية كلام الباقين وفي (التذكرة) لو أنه أثمر قبل سنة التوقع لم يستحق العامل منها شيئاً ولعله لانه أقدم على أنه لا حصة له الا في السنة الاخيرة وقال ولو ساقاه عشر سنين وشرط له ثمرة سنة بعينها والاشجار مما تثمر كل سنة لم يصح (قلت وجهه) واضح لانه لم يشترط أن تكون ثمرة تلك السنة بينهما والاشجار قد لا تثمر تلك السنة فلا يكون له شيء وقد لا تثمر الا تلك السنة فلا يكون للمالك شيء ﴿ قوله ﴾ (وتصح المساقاة على البعل من الشجر كما تصح على ما يفتقر الى السقي) كما هو قضية كلام المبسوط في عدة مواضع وكلام غيره كما ذكروه في وجه التسمية وغيره و به صرح في التذكرة والتحرير والمهذب البارع وايضاح النافع وجامع المقاصد بل قال في التذكرة لا نعرف فيه خلافاً ممن (نخالفه عنده من خلى) جوز المساقاة لان الحاجة تدعوا الى المعاملة في ذلك كدعائها فيما يحتاج الى السقي (قلت) والمستفاد من الاخبار وكلام الاصحاب ان السقي بخصوصه ليس شرطاً في هذه المعاملة بل المدار على العمل الذي تحتاج اليه تلك الاشجار فحيث لا تحتاج الى السقي مثل بساتين أطراف الشام لا يكون معتبراً والا بطلت المساقاة فيها

(الثالث) المدة و يشترط تقديرها بزمان معلوم كالسنة والشهر لا بما يحتمل الزيادة والنقصان

عمر الدهر قال أبو العباس لو قلنا باعتبار السقي فاتت المصلحة الناشئة من المشروعية والاذن في المساقاة عام والبعل كل شجر ونخل وزرع لا يسقى أو ما سقته السماء كما في القاموس ﴿ قوله ﴾ (الثالث المدة و يشترط تقديرها بزمان معلوم كالسنة والشهر لا بما يحتمل الزيادة والنقصان) اما اشتراط تعيين المدة بهذه العبارة فقد صرح به في المهذب والوسيلة والغنية والسرائر وجامع الشرائع والنافع والتبصرة واللمعة وايضاح النافع وفي (المختلف والتنقيح) انه المشهور وقد حكى الاجماع في التذكرة على اشتراط تعيينها سنة أو اكثر أو أقل وفي معناه اجماع المبسوط لانه حكى الاجماع على اشتراط تعيينها كالاجارة وفي (المسالك) الاجماع على اشتراط تقدير المدة في الجملة وأشار بالجملة الى كلام أبي علي كما ستسمع ثم قال بلا فاصلة واما تركها رأساً فيبطل العقد قولا واحدا (قلت) قد ترك ذكر اشتراط المدة واعتبارها في المقنعة والمراسم مع اعتبارها لها في المزارعة وقد ترك ذكرها فيهما في النهاية والخلاف لكن الامر في هذه الكتب الاربعة سهل ولا سيا الخلاف لانه مسوق لامر آخر فتدبر وفي خبر أبي الربيع يتقبل الارض من اربابها بشيء معلوم الى سنين مسماة وأما تقديرها بما لا يحتمل الزيادة والنقصان فهو خيرة المبسوط وفقه القرآن لأنهما جعلا الحال فيها كالاجارة والشرائع والتحرير والارشاد والمختلف وشرح الارشاد للفخر وجامع المقاصد والروض والمسالك والروضة ومجمع البرهان وفي (الايضاح وجامع المقاصد) فيما يأتي لها والمسالك والكفاية انه المشهور وفي (الرياض)انه أشهر بل عليه عامة من تأخر انتهى فتدبر وذلك على الظاهر قضية كلام كل من اشترط تعيين المدة كالمهذب وما ذكر بعده الا أن تقول ان تقديرها بالثمرة كما يذهب اليه أبو علي تعيين لها فتأمل ومع ذلك كله نسب ذلك في المفاتيح الى القيل ثم انه بعد ذلك مال أو قال بما عليه الاصحاب وصاحب الحدائق قال بعدم اشتراط المدة وقال ان ذلك مبني على كون عقد المساقاة لازما ولا دليل عليه الا الاجماع وقد اشترط في الشرائع وأكثر ما ذكر بعدها كون المدة مما يمكن فيها حصول الثمرة ولو بالمظنة وقد صرح بذلك أيضا في المبسوط والسرائر وفي (الكفاية) انه المشهور وظاهر المهذب البارع أو صريحه انه لا بد من القطع بالحصول ويمكن تأويله واكتفى في التبصرة بامكان الحصول كما تقدم بيان ذلك كله وتصوير التقدير بالشهر يكون فيما اذا ساقاه وقد ظهرت الثمرة وكان للعمل في ذلك زيادة كما تقدم وحكي عن أبي علي في المختلف والمهذب البارع انه قال لا بأس بمساقاة النخل وما شاكله سنة أو اكثر من ذلك اذا حصرت المدة أو لم تحصر وحكي عنه في المسالك الاكتفاء بتقدير المدة بالثمرة وهذا أخص مما حكاه عنه في المختلف ويمكن الجمع فتأمل وجمع بين الحكايتين فخر الاسلام في شرح الارشاد والفاضل المقداد وفي (المسالك) ان قوله لا يخلو من وجه وفي (مجمع البرهان والكفاية) انه غير بعيد وفي (المهذب البارع) انه متروك وفي (الرياض) انه شاذ وقد استشكل في التذكرة فيما اذا قدرت المدة بادراك الثمرة واحتمال أنه ليس من هذا القبيل ضعيف ويستشكل فيه المصنف في الكتاب قريباً ولا ترجيح في التنقيح وقد يستشهد له بترك ذكر المدة في المقنعة وما ذكر معها وقد استوفينا الكلام في كلام ابي علي وغيره في المزارعة وقد جزموا هنا بخلافه وقالوا هناك لا يكفي تعيين المزروع عن المدة فبعض على الاشبه وبعض على الاقرب وآخرون على الاقوى مع ان ابا علي لم يخالف هناك فلا بد من ملاحظة كلامنا وكلامهم هناك

ولا تقدير لها كثرة فتجوز اكثر من ثلاثين سنة أما القلة فتقدر بمدة تحصل الثمرة فيها غالبا فان خرجت المدة ولم تظهر الثمرة فلا شيء للعامل ولو ظهرت فلم تكمل فهو شريك والاقرب عدم وجوب العمل عليه ولو قدر المدة بالثمرة فاشكال (متن)

﴿ قوله ﴾ ﴿ ولا تقدير لها كثرة فتجوز اكثر من ثلاثين سنة ﴾ باتفاقنا كما في جامع المقاصد وعندنا كما في التذكرة وهو قضية كلام المبسوط وفقه القرآن وصريح التحرير والمسالك والروضة وفي أخبار الحلبي الثلاثة وخبر أبي الربيع ما يدل على ذلك كما تقدم ذكرها في المزارعة ففي بعض أخبار الحلبي لا بأس بقبالة الارض من أهلها عشرين سنة وأقل من ذلك وأكثر ﴿ قوله ﴾ ﴿ اما القلة فتقدر بمدة تحصل الثمرة فيها غالبا ﴾ كما في التذكرة والتحرير وجامع المقاصد والمسالك وقد تقدم انه يشترط تعيين المدة التي يمكن فيها حصول الثمرة ولو بالمظنة بالنظر الى العادة ويختلف ذلك باختلاف الاحوال فقد يكون المدة شهرا ودونه وقد تكون سنة وأكثر ولا يشترط تقدير مدة تكمل فيها الثمرة كما في التذكرة ﴿ قوله ﴾ ﴿ فان خرجت المدة ولم تظهر الثمرة فلا شيء للعامل ﴾ كما في التذكرة والتحرير وجامع المقاصد لانه عقد عقدا صحيحا على مدة معينة تحصل فيها الثمرة غالبا فخرجت المدة قبل ظهور الثمرة ووجودها فلا شيء للعامل وان اطلعت بعد المدة لانه لم يظهر فيه النماء الذي اشترط جزء له فكان كما لو لم تربح المضاربة والاصل براءة الذمة من وجوب عوض غير المشترط كما تقدم آنفا لكن في التذكرة ان له أجرة مثله لانه لم يرض بالعمل مجانا بل بعوض وهو جزء من الثمرة وهو موجود غير انه لا يمكن تسليمه فلما تعذر دفع العوض الذي اتفقا عليه كان له اجرة مثله كما في الاجارة الفاسدة فليتأمل ﴿ قوله ﴾ ﴿ ولو ظهرت ولم يكمل فهو شريك ﴾ كما في التذكرة والتحرير وجامع المقاصد لان الشرط حصول الثمرة وطلوعها لا كمالها ونهاية ادراكها فله نصيبه المشروط له منها ﴿ قوله ﴾ ﴿ والاقرب عدم وجوب العمل ﴾ وهو الاصح كما في الايضاح وفيه قوة كما في جامع المقاصد لان فائدة تعيين المدة هو عدم تعلق الحكم الثابت بالعقد بعدها ولانه لو وجب لم يشترط تعيين المدة ولان الواجب بالعقد هو ما كان في خلال المدة وما بعدها يبقى على الاصل وهو جيد ان لم يكن تقدير المدة باعتبار الغلبة وقد جزم في التذكرة بالوجوب كما لو انفسخت قبل كمالها ويمكن الفرق بين بقاء العقد وانفساخه ان سلم الحكم في الاصل كما هو الظاهر من جماعة وقد تقول بعدم وضوح الفرق وقد يحتج على ذلك بان الحصة في مقابلة العمل الى زمان بلوغ الثمرة كما هو المعروف المألوف المتبادر المقصود من عقود المساقاة وهو الدائر على السنة أقلامهم حيث يقولون ولو قدرت المدة بادراك الثمرة الى غير ذلك وتقدير المدة انما هو باعتبار الغالب فمع التخلف لو ملك الحصة بدون العمل لزم تملك أحد العوضين لا في مقابلة العوض الآخر فالقول بالوجوب قوي جداً ولذلك جزم به في التذكرة ولم يحك فيه خلافاً عن أحد من العامة ولا تأملا لكن تنظيره بالفسخ لا يوافق ما تقدم له ﴿ قوله ﴾ ﴿ ولو قدر المدة بالثمرة فاشكال ﴾ (وقال في التذكرة) فان قدرت بادراك الثمار لم يجز على اشكال وهذا هو الذي أشرنا اليه آنفا وكأنه عنده في الكتابين ليس من قبيل ما يحتمل الزيادة والنقصان وهو كما ترى الآن نقول ان الباعث على ذلك الخبر وقد قال في الكتاب في المزارعة ولا يكفي تعيين المزروع عنها جازما به وقواه في التذكرة وقربه في التحرير كما تقدمت الاشارة اليه آنفا وجواز التقدير بادراك الثمرة

ولو مات العامل قبل المدة لم يجب على الوارث القيام به فان قام الوارث به والا استأجر الحاكم من تركته من يكمل العمل فان لم يكن تركة او تعذر الاستئجار فللمالك الفسخ (متن)

هو المحكي عن أبي علي وقد عرفت انه قد مال اليه أو قال به جماعة في المساقاة ولم يقل به أحد في المزارعة ولعله لأنه احتج له في المختلف بصحيحة يعقوب بن شعيب عن الصادق عليه السلام قال سألته عن الرجل يعطي الرجل أرضه فيها الرمان والنخل والفاكهة فيقول اسق هذا من الماء واعمره ولك نصف ما خرج قال لا بأس واجاب عن الاستدلال به بجواب ضعيف وهو ان نفي البأس لا يستلزم اللزوم لانه ان سلم انه عقد فلا بد له من الحكم بلزومه فالاولى في الجواب انه لا دلالة فيها على ان هذا هو العقد مع أنه لا تصريح فيه بالقبول فيكون ذلك من جملة الاقوال التي يكون بين المتعاقدين ليتقرر الامر بينهما كما تقدم لنا ذلك في الجواب عن الاستدلال به على صحة الايجاب بلفظ الامر الا أن تقول انه لا معنى لنفي البأس حينئذ وجوابه ظاهر (وكيف كان) فمنشأ الاشكال هو ما تقدم مثله في باب المزارعة من ان المساقاة عقد مبني على الغرر والجهالة فلا يفسد بهما وان الثابت عادة في حكم المعلوم مضافا الى الخبر الصحيح ومن ان تجويز الغرر الخاص في هذا لا يقضي بتجويز كل غرر ولا استقرار العادة والا لجاز ذلك في الاجارة ونحوها وقد عرفت الحال في الخبر ﴿ قوله ﴾ (ولو مات العامل قبل المدة لم يجب على الوارث القيام به فان قام به والا استأجر الحاكم) هذا معنى ما في المبسوط والتحرير من أنه لو مات العامل فان ناب عنه فلا كلام وان امتنع لم يجبر عليه ومعنى ما في التذكرة و المسالك من انه لوارثه أن يقوم في العمل مكانه وليس للمالك منعه منه ولا اجباره عليه والوجه في انه لا يجب عليه ولا يجبر عليه ظاهر لان المعاملة انما تعلقت بالعامل لا بالوارث فلا يلزمه الحقوق اللازمة للمورث الا ما أمكنه رفعه من ماله كما أنه لا يجب عليه قضاء ديونه من مال نفسه واما أنه ان قام به نفسه وجدت تركة أولا أو باجرة من مال نفسه او من التركة حيث يكون هناك تركة فلانه قد ورث العقد وقام مقام مورثه وقد سمعت أنه قال في المبسوط ان ناب عنه فلا كلام وفي (جامع المقاصد) انه لا بحث وقضية ذلك أنه يجب على المالك تمكينه من ذلك وتمكين اجيره وذلك اذا كانا امينين عارفين باعمال المساقاة والا فله المنع ويعود الامر كما لو لم يبذل (قال في التذكرة) فان اتم العمل بنفسه أو استأجر من ماله نفسه من يتم العمل وجب على المالك تمكينه اذا كان أمينا عارفا باعمال المساقاة ﴿ قوله ﴾ (والا استأجر الحاكم من تركته من يكمل العمل) كما في المبسوط والتذكرة والتحرير وجامع المقاصد والمسالك وهو قضية كلام جامع الشرائع لانه اذا امتنع الوارث من القيام بالعمل بنفسه أو أجيره لا يجبر على الاستئجار وانما الواجب عليه تسليم ذلك القدر من التركة والتخلية بين المستحق وحقه فيجب على الحاكم ان ينتهض لذلك لانه المعد لمثل ذلك وذلك كله اذا لم تظهر الثمرة ولم يكن العامل معينا للعمل بنفسه كما هو واضح وكما ستسمع ﴿ قوله ﴾ (فان لم يكن له تركة أو تعذر الاستئجار فللمالك الفسخ) كما في الكتب وهو قضية كلام جامع الشرائع والوجه في ذلك اذا لم يخلف تركة انه موضع ضرورة كما في المبسوط لان التقدير عدم وجود متبرع في الموضعين و يمتنع الاستئجار بغير أجرة فكان له الفسخ وحكى في جامع الشرائع قولا بأنه ليس له الفسخ ولم نجده وفي (المبسوط والتذكرة وكذا جامع المقاصد) أنه لا يستقرض الحاكم من التركة بخلاف الحي اذا هرب لانه لا ذمة للميت وفي (جامع الشرائع) ان

فان ظهرت الثمرة بيع من نصيب العامل مايحتاج اليه من العمل أو بيع جميعه ولو لم تظهر الثمرة فسخ المالك لتعذر من يكمل العمل عن الميت ووجبت أجرة المثل عما مضى ولو كان معينا بطلت قبل الظهور فله الاجرة (متن)

الحاكم ان يأذن له في الاقتراض واما اذا تعذر العمل فكذلك لانه أحد الموضعين فيثبت عند تعذره للمالك الفسخ وفي (المبسوط والتحرير والكتاب) كما يأتي ان عليه الاجرة للعامل الى حين الوفاة في الموضعين لانه عمل محترم قد بذل في مقابلة الحصة التي قد فاتت عليه بفسخ المالك فوجبت له أجرة المثل ولا كذلك لو كان الموت بعد الظهور فانه يباع بعض الثمرة أو جميعها كما يأتي ﴿قوله﴾ ﴿فان ظهرت الثمرة بيع من نصيب العامل مايحتاج اليه من العمل أو بيع جميعه كما في جامع المقاصد وكذا جامع الشرائع لانه اذا ظهرت الثمرة استحق العامل الحصة منها وان وجب عليه باقي العمل فيبيع الحاكم من نصيب العامل مايفي بالعمل بالواجب فان لم يوجد راغب أو لم يف بالعمل باع الجميع ثم انفق قدر الواجب والفاضل للورثة ويفهم من قوله فاذا ظهرت الثمرة ان ما سبق حكم ما اذا لم تظهر كما سبق وهو كذلك لان البيع قبل الظهور غير جائز ويفهم من قوله بيع من نصيب العامل انه لم يكن له تركة وفي (المبسوط والتحرير) اذا ظهرت الثمرة خير الحاكم المالك بين البيع والشراء فان اختار البيع وكان بعد بدو الصلاح بيعت لما يبيع الحاكم نصيب الميت ورب النخل نصيبه وان كان قبل ان يبدو صلاحها فلا تباع الا على شرط القطع ﴿قوله﴾ ﴿ولم تظهر الثمرة فسخ المالك لتعذر من يكمل العمل عن الميت ووجبت أجرة المثل عما مضى﴾ هذا قد تقدم بيانه واعاده لينص على حكمه ﴿قوله﴾ ﴿ولو كان معينا بطلت قبل الظهور وله الاجرة﴾ كما صرح بذلك كله في التنقيح وأطلق في التذكرة والمهذب البارع وايضاح النافع أنه لو عين المالك العامل ومات بطلت المساقاة وليس بجيد والوجه فيما ذكره المصنف اما انفساخ العقد فواضح لتعذر مقتضاه وكذلك وجوب الاجرة لانه عمل محترم مثل ماتقدم وهذا يقضي ان ماسبق كما سبق انما هو اذا لم يكن العامل معينا بل كانت المساقاة على الذمة ويفهم من قوله بطلت قبل الظهور انها لاتبطل لو كان موت العامل المعين بعد الظهور ووجهه انه قد سبق ملكه لها فيستصحب ولم يعلم زواله بالموت نعم ينفسخ العقد فيما بقي لتعذر المعقود عليه وظاهر التنقيح انها لاتنفسخ فيما بقي وليس بجيد (وقال في جامع المقاصد) اذا انفسخت فيما بقي ما الذي يسقط في مقابلة العمل الباقي يحتمل اسقاط قدر أجرة مثله من الحصة ويحتمل النظر في قدر الباقي ونسبته الى مجموع العمل باعتبار الكم والنفع واسقاط بعض الحصة نسبته اليها كنسبة الفائت من العمل الى مجموع العمل قال ويؤيد الاحتمال الثاني ان انفساخ العقد أخرج باقي العمل عن الاستحقاق فكيف تجب أجرة مثله وقال اني لم أجد في المسئلة تصريحا يرجع اليه فلينظر ماذكرته قلت الاحتمال الثاني هو الذي بنوا عليه في عدة مواضع من باب الاجارة حيث يكون متعلق العمل شخصيا معينا (١) ويفسخ العقد او ينفسخ من نفسه وهو الموافق للقواعد والضوابط فالحكم عندهم معروف فلا حاجة بنا الى تصريحهم اذلا مجال لاحتمال وجوب أجرة المثل أو اسقاط مقدارها من الحصة في صورة التعيين لان ذلك يكون اذا ظهر بطلان العقد لافيما اذا فسخاه أو انفسخ ويكون أيضا فيما اذا كان العمل مضمونا في الذمة ولم يتعذر وجوده

(١) في مسئلة ما اذا استأجر لحفر بئر فعرضت صخرة أو مرض أو ماتت المرضعة (منه قدس سره)

(الرابع) العمل ويجب على العامل القيام بما شرط عليه منه دون غيره فان اطلقا عقد المساقاة اقتضى الاطلاق قيامه بما فيه صلاح الثمرة وزيادتها كالحرث تحت الشجر والبقر التي تحرث وآلة الحرث وسقي الشجر واستقاء الماء واصلاح طرق السقي والاجاجين وازالة الحشيش المضر بالاصول وتهذيب الجريد من الشوك وقطع اليابس من الاغصان وزبارة الكرم وقطع مايحتاج الى قطعه والتلقيح والعمل بالناضح وتعديل الثمرة واللقاط والجداد واجرة الناطور واصلاح

ثم ان اسقاط أجرة مثله قد يحيط بجميع الحصة ولا يخفى مافي قوله فكيف تجب أجرة مثله لان المحتمل انما احتمل اسقاط مقدار أجرة المثل من الحصة ولم يحتمل وجوب اجرة المثل على الوارث بل (قد ظ) يقال ان هذا هو الذي ينافيه الانفساخ فليتأمل ومنه (يعلم ظ) الوجه في ثبوت الاجرة بها اذا مات قبل الظهور واحتمل في المسالك بطلان العقد من أصله لان ملكه مشروط با كمال العمل ولم يحصل وهو خيرة ايضاح النافع وهو ضعيف جدا وقال في (المسالك) اطلق جماعة من الاصحاب البطلان اذا شرط عليه العمل بنفسه ولم نجد هذا الاطلاق الا لمن عرفت ثم اطلق في المبسوط وغيره عدم البطلان بالموت ﴿قوله﴾ (الرابع العمل ويجب على العامل القيام بما شرط عليه منه دون غيره) هذا الفرع من متفردات هذا الكتاب ووافقه عليه في جامع المقاصد ومعناه أنه ان شرط على العامل عملا مخصوصاً كما اذا قال له في متن العقد شرطت عليك هذا العمل وان لاتعمل غيره أو قال له شرطت عليك هذا العمل ويسكت عن قوله ولاتعمل غيره وجب عليه ذلك العمل فقط دون غيره سواء كان من اعمال المالك أواعمال العامل ولايجب عليه ماسواه قضية للشرط وان كان العقد اذا اطلق وجب عليه جميع الاعمال المتعلقة به واذا شرطت عليه جميعا كان تأكيداً كما في المبسوط والتذكرة والتحرير والمسالك وهو قضية كلام الباقين بل سيصرح بذلك المصنف فيما يأتي لكنه ليس فيه مايخالف ماهنا فليتأمل فصار الحاصل عند المصنف أنه اذا شرطا بعض الاعمال دون بعض يكونان قد خرجا عن الاطلاق الى التقييد فوجب اتباعه وهو واضح في الصورة الاولى بقسميه وموضع نظر في الثانية كذلك بل الظاهر ان المالك اذا شرط عليه عملا من اعماله مثل أن يقول له وشرطت عليك بنيان هذا الجدار ويسكت عن قوله وغيره أنه يجب عليه ذلك العمل ولاتسقط عنه اعماله المتعلقة به عرفا وعادة كما يأتي للمصنف وغيره وقد يكون المصنف اراد بهذه العبارة أنه يجب على العامل القيام بما شرطه عليه المالك من عمله المختص به دون غيره من اعمال المالك فيكون الضمير في منه راجعا الى المالك على حذف مضاف تقديره من عمله ويبعده ان فيه حذفا وتقديرا وان المالك لم يجرله ذكر وأنه سيذكر ذلك والامر في الاخيرين سهل ومتى أخل بالعمل المشترط تخير المالك بين فسخ العقد والزامه باجرة مثل العمل كما في التحرير والمسالك وكذا جامع المقاصد فان فسخ قبل عمل شيء فلا شيء له وان كان بعده قبل الظهور فالاجرة وان كان بعد ظهور الثمرة فكذلك كما في جامع المقاصد والمسالك ﴿قوله﴾ (فان اطلقا عقد المساقاة اقتضى الاطلاق قيامه بما فيه صلاح الثمرة وزيادتها كالحرث تحت الشجر والبقر التي تحرث وآلة الحرث وسقي الشجر واستقاء الماء واصلاح طرق السقي والاجاجين وازالة الحشيش المضر بالاصول وتهذيب الجريد من الشوك وقطع اليابس من الاغصان وزبارة الكرم وقطع مايحتاج الى قطعه والتلقيح والعمل بالناضح وتعديل الثمرة واللقاط والجداد وأجرة الناطور واصلاح

موضع التشميس ونقل الثمرة اليه وحفظها على رؤس النخل وبعده حتى تقسم وعلى صاحب الاصل بناء الجدار وعمل مايستقى به من دولاب أودالية وانشاء النهر والكش للتلقيح على رأي (متن)

موضع التشميس ونقل الثمرة اليه وحفظها على رؤس النخل وبعده حتى تقسم وعلى صاحب الاصل بناء الجدار وعمل مايستقى به من دولاب أودالية وانشاء النهر والكش للتلقيح على رأي ﴾ قال في التنقيح مايجب على العامل له ضابطان (الاول) مافيه مستزاد الثمرة (الثاني) ما كان متكررا كل سنة ومايجب على المالك له ضابطان (الاول) مايفتقر الى بذل المال (والثاني) مالايتكرر غالبا ويعد صالحا في الاصول انتهى (قلت) قد صرح بالضابط الاول فيما يجب على العامل في المبسوط والوسيلة والسرائر وجامع الشرائع والشرائع والنافع والتبصرة وايضاح النافع والمسالك والمفاتيح والمختلف والمهذب البارع وفي الاخيرين انه الاشهر وعليه الاكثر لكن الشهرة فيها غير مسوقة لذلك لكنها تتناوله وصرح بالضابط الثاني فيما يجب على العامل في الارشاد واللمعة والروض والروضة ومجمع البرهان والكفاية والرياض وهما متلازمان قال ماتحصل به زيادة الثمرة هو مايتكرر كل سنة مما فيه صلاح الثمرة وتحتاج اليه حصولا وزيادة وجودة ولم أجد من صرح بالضابط فيما يجب على المالك لكنه يفهم من مطاوي كلماتهم ومما صرح فيه بالضابط الثاني اعني مايتكرر كل سنة الارشاد وما ذكر بعده آنفا مع زيادة المسالك والمفاتيح ومما صرح فيه بما منه حفظ الاصل وصلاحه المبسوط والوسيلة وهو قضية كلام بعضهم وهذان ايضا متلازمان ولا يقدح في قولهم مالايتكرر كل سنة ما اذا عرض في بعض الاحوال التكرر فيما يتعلق نفعه بالاصول بالذات وفي زيادة الثمرة نفعها بالعوض فانه على المالك كحفر الآبار والأنهار وبناء الحائط جميعه أو بعضه نعم يشكل ما اذا كان مثل ذلك يتكرر كل سنة وأنت خبير بان بناء هذه الاعمال المعدودة في جانب العامل والمالك انما هو على العرف والعادة اذ ليس لذلك تحديد شرعي فالمدار على العرف والعادة فلو قضينا بخلاف ذلك في البلدان أو الثمار أتبعا ولا يضر في ذلك الجهل والغرر في الجملة مع ابتناء هذا العقد على المساهلة ولو أخل العامل بشيء من ذلك أو بجميعه تخير المالك بين فسخ العقد في الجميع أو البعض ان أتى بشيء والزامه بأجرة المثل كذا قال في جامع المقاصد قال ولم أظفر بتصريح في ذلك يعتد به (قلت) الظاهر ان الاطلاق هنا يجري مجرى الاشتراط وقد تقدم بيان الحال فيه فيما تقدم آنفا ولم أجد لهم نصا فيما اذا أخل المالك بشيء من ذلك ثم عد الى العبارة فقوله حتى تقسم قد أشار به الى خلاف أبي علي حيث قال وكل حال تصلح به الثمرة والزرع فعلى المساقي عملها الى ان تبلغ الثمرة والزرع الى حال يؤمن عليها من الفساد فاذا بلغته صار شريكا لم يجب عليه من العمل شيء الا بقسطه الا ان يشترطه عليه والاصحاب على خلافه على الظاهر وبه صرح في المبسوط وغيره وفي (المختلف) انه الاشهر وفي (المهذب البارع) ان عليه الاكثر قلت لم نجد موافقا لابي علي وأشار بقوله والكش للتلقيح على رأي الى قول الشيخ والمتأخرين كما في جامع المقاصد وعليه الاكثر كما في المسالك والكفاية وهو خيرة المبسوط والتذكرة والارشاد والمختلف وايضاح النافع والروض ومجمع البرهان ولمله قضية كلام الباقين لانه ليس من العمل وانما هو عين وانه كالمداد والقرطاس والخيوط في الاجارة والاصل براءة ذمة العامل وفي (السرائر وجامع الشرائع) على العامل لانه مما يتم به نماء الثمرة وصلاحها الواجبان عليه وأنه مما يتكرر وقد استحسنه في الشرائع وفي (المسالك) الاولى الرجوع الى العادة ومع عدم اطرادها فالاولى التعيين

وفي البقر التي تدير الدولاب تردد ينشأ من انها ليست من العمل فأشبهت الكش ومن انها تراد للعمل فأشبهت بقر الحرث ولو احتاجت الارض الى التسميد فعلى المالك شراؤه وعلى العامل تفريقه فان اطلقا العقد فعلى كل منهما ماذ كرنا انه عليه وان شرطاه كان تأكيداً وان شرط أحدهما شيئا مما يلزم الآخر صح اذا كان معلوما الا ان يشترط العامل على المالك جميع العمل فتبطل ويصح اشتراط الاكثر (متن)

ولا ترجيح في التحرير والتنقيح فلعل النسبة الى المتأخرين لم تصادف محلها ﴿ قوله ﴾ (وفي البقر التي تدير الدولاب تردد ينشأ من انها ليست من العمل فأشبهت الكش ومن انها تراد للعمل فأشبهت بقر الحرث) وكذا لا ترجيح في التنقيح والمسالك وجامع المقاصد بل في الاخيران كلا محتمل فنحن من المتوقفين وفي (المبسوط والغنية وجامع الشرائع والمختلف) ان البقر على رب المال وفي (السرائر والتحرير والروضة) أنها أي البقر على العامل وفي (التذكرة) انه الاولى وفي (السرائر) ان الحبال والمحالات أيضا على العامل ويكون الدلو والرشا على العامل الجزم في المسالك والروضة وفي (الكفاية) الاولى الرجوع الى العرف والعادة قلت لا ريب ان استقاء الماء اذا لم يحتج الى بهيمة كان ذلك على العامل فكذلك اذا احتاج اليها فتأمل ﴿ قوله ﴾ (ولو احتاجت الارض الى التسميد فعلى المالك شراؤه وعلى العامل تفريقه) كما في التذكرة والتحرير وجامع المقاصد لانه عين تصرف الى الارض وليس عملا فلا يجب على العامل للاصل وفي الاخير ان اشتراط التعيين أحوط وفي (التذكرة) ان على المالك أجرة نقله والاولى الرجوع الى العرف والعادة كما في الكفاية والتسميد جعل السرقين في الارض ﴿ قوله ﴾ (فان أطلقا العقد فعلى كل منهما ماذ كرنا انه عليه وان شرطاه كان تأكيدا) تقدم الكلام لنا فيه ويفهم من كلام المصنف في أول المبحث لكنه اعاده ليبني عليه ما بعده ﴿ قوله ﴾ (ولو شرط أحدهما شيئا يلزم الآخر صح اذا كان معلوما الا ان يشترط جميع العمل على المالك ويصح اشتراط الاكثر) اذا اشترط العامل على المالك جميع العمل بطلت المساقاة كما في المبسوط والوسيلة والشرائع والتذكرة والتحرير والارشاد واللمعة وجامع المقاصد والروض والمسالك والروضة ومجمع البرهان والكفاية وهو قضية كلام الخلاف والسرائر وجامع الشرائع لان الحصة انما يستحقها العامل بالعمل فاذا رفعه عنه لم يستحق شيئا وفي (الغنية) أنها تجوز لو شرط على العامل في حال العقد مايجب على رب المال أو بعضه أو شرط على رب المال مايجب على العامل أو بعضه وقضيته المخالفة وأما اذا شرط العامل على المالك بعض العمل اذا كان معلوما قل أو كثر وقد بقي منه شيء فيه مستزاد الثمرة ولو قليلا فقد صرح بالصحة فيه في الخلاف والغنية والسرائر وجامع الشرائع وشرح الارشاد للفخر وما ذكر بعد المبسوط الى الكفاية وستسمع ما في المبسوط وظاهر المسالك الاجماع عليه حيث قال ولا فرق بين أن يبقى عليه الاقل والاكثر عندنا وحجتهم الاصل وعموم قوله صلى الله عليه المؤمنون عند شروطهم لكن قضية كلام الشيخ في المبسوط المخالفة قال اذا ساقاه بالنصف على ان يعمل رب المال معه فالمساقاة باطلة لان موضوع المساقاة على ان من رب المال المال ومن العامل العمل ونحوه عدّ صاحب الوسيلة وجامع الشرائع في شروط الصحة

ولو شرط ان يعمل معه غلام المالك صح ولو شرط ان يكون عمل الغلام لخاص العامل فالاقرب الجواز (متن)

ان لا يشترط معه عمل صاحب النخل لكنه في المبسوط جوز ان يشترط العامل على المالك ان يعمل معه غلامه وان يكون على المالك بعض العمل وهذا هو نفس ذلك أو من قبيله ويأتي لنا ان عمل الغلام لا يرد على الشيخ وان مراده عمل الغلام في بستان المالك الآخر لمكان اعانته للعامل ونحو ذلك كما صرح هو بذلك (وقال في الوسيلة) والشرط سائغ مالم يؤد الى سقوط العمل عن العامل وهو يخالف ذلك فتأمل وأما اذا شرط المالك على العامل بعض ماعليه من تلك الاعمال أو جميعه فلا أجد خلافا صريحاً في الصحة الا من أبي عليّ بل ظاهر التذكرة ان لا خلاف فيه حتى من العامة وبه صرح في الخلاف والمبسوط والغنية والتذكرة والتحرير والارشاد وجامع المقاصد والمسالك ومجمع البرهان وغيرها مما تأخر وهو قضية كلام الوسيلة لكنه لم يتعرض له في السرائر وجامع الشرائع واللمعة والروضة مع تعرضهم لصورة العكس في الشرائع والكفاية لو شرط شيئا من ذلك على العامل صح بعد ان يكون معلوما ولم يتعرضا لما اذا شرط الجميع وقال أبو علي ليس لصاحب الارض ان يشترط على المساقي احداث أصل جديد من حفر بئر أو غرس يأتي به لا يكون للمساقي في ثمرته حق ولو جعل له في ذلك عوضا في قسطه لان ذلك بيع الثمرة قبل خروجها فان جعله بعد مايحل بيع الثمرة جاز وهو كما ترى ليس ذلك من البيع في شيء وقد حكاه في التنقيح من دون ترجيح ﴿ قوله ﴾ (ولو شرط ان يعمل معه غلام المالك صح) كما في الخلاف والمبسوط والشرائع والتذكرة والتحرير والارشاد وجامع المقاصد والمسالك ومجمع البرهان وكذا المختلف وشرح الارشاد للفخر والتنقيح وظاهر التذكرة الاجماع عليه حيث قال عندنا بل هو ظاهر المسالك حيث قال فيما يأتي ان المعروف ان المخالف الشافعي كما ستسمع لعدم المانع وعموم الادلة كما يجوز ان يدفع للعامل بهيمة يعمل عليها احتج عليه في المبسوط بانه ضم مال الى مال وليس بضم عمل الى مال فليتأمل والمخالف أحمد في احدى الروايتين وبعض الشافعية محتجين بأن يد العبد كيد سيده وعمله كعمله فكان بمنزلة ما اذا شرط ان يعمل معه المالك فانه لا يجوز وأجاب عنه في التذكرة بمنع الحكم في الاصل وبالفرق بين عمل العبد وعمل المولى فان عمل العبد يجوز ان يكون تابعاً لعمل العامل ولا يجوز ان يكون عمل رب المال تابعا وقد تبعه على ذلك في المسالك وهو كما ترى ولا فرق عندنا كما في التذكرة بين ان يكون عاملا بالتسمية أو بالشركة والشافعية قالوا بالبطلان بلا خلاف بينهم اذا شرط ان يكون التدبير للغلام والعامل يعمل برأيه أو يعملا ما اتفق عليه رأيهما وقد قال في المبسوط انما يجوز اذا كان الغلام تبعا وقال أيضا يجوز ان يكون من تحت تدبير العامل ويجوز ان لا يكون كذلك ولا يكون أصلا في نفسه فليتأمل ﴿ قوله ﴾ (ولو شرط ان يكون عمل الغلام لخاص العامل فالاقرب الجواز) كما هو خيرة الشرائع بعد تردده والتذكرة والتحرير والارشاد وشرحه لولده والايضاح وجامع المقاصد والروض والمسالك ومجمع البرهان بلفظ الاقرب والاشبه والاصح بل ظاهر جامع المقاصد والمسالك الاجماع عليه حيث قصر حكاية الخلاف عن (على ظ) الشافعي في الاول وقال في الثاني المعروف ان المخالف الشافعي لكن المحقق والعلامة ذكرا المسئلة على وجه يشعر بالخلاف عندنا وقد تكرر هذا منهما في مواضع كثيرة قلت المخالف الشيخ في

ويجب تعيينه (متن)

المبسوط قال بعد ان جوز اشتراط عمل غلام رب المال مانصه ينبغي ان يكون الغلام يعمل مع العامل في خاص مال رب المال فاما اذا شرط ان يعمل معه في حائط رب المال أو في حائط العامل وغيره فلا يجوز انتهى وهذا نص في المخالفة اذ معناه انه ينبغي ان تفرض المسألة حتى تصح فيما اذا كان للمالك بستانان متجاوران مشتركان في الماء مثلا فساقاه العامل على أحدهما وشرط عليه ان يعمل غلامه في بستانه الآخر الخاص بالمالك لانه يعينه في كثير من الاعمال المشتركة ويستريح اليه لان كان عاملا عالما عدلا معينا أمينا أو تقول انه أراد ماسيحكيه صاحب جامع المقاصد عن الايضاح أو ماسنحكيه عن شرح الارشاد اما لو فرضنا المسألة انه شرط ان يعمل معه في الحائط الذي ساقاه عليه فانها لاتصح عنده لانه بمنزلة ما اذا شرط عليه ان يعمل معه المالك والشيخ يمنع صحة ذلك كما تقدم وحينئذ لا يصح من المختلف وماتأخر عنه النقض على الشيخ في تلك المسألة بهذه المسألة كما تقدم ولا يصح من كنز الفوائد النقض بتلك المسألة على الشيخ بهذه المسألة وحينئذ ينتظم التعليل الذي حكيناه عن المبسوط فتأمل ويكون الوجه في عدم الصحة في الشق الثالث من كلام المبسوط ان عمل الغلام في بستان العامل الخاص به اذا كان مساويا للعمل العامل في البستان المساقى عليه أو أكثر يلزم أن تكون الحصة بلا عوض من جانب العامل وعلى كل حال فالشيخ مخالف في الشق الذي فهمه المحقق الثاني والشهيد الثاني والجماعة من عبارة الشرائع والكتاب والارشاد وغيرها حيث قالوا المراد بالشرط من هذه العبارات ان يعمل الغلام في الملك المختص بالعامل أو العمل المختص به الخارج عن المال المشترك بينه وبين سيده المساقى عليه فلا يلتفت الى مافي المسالك وكم له من مثل ذلك وقد احتجوا الى الجواز بالاصل والعمومات وانه اذا جاز ان يعمل في المشترك بينه وبين مولاه جاز في المختص وهذا لايرد على الشيخ لانه لايجوزه وان ذكره في التذكرة بل الذي يرده ويرد عليه مافي مجمع البرهان من انه اذا كان عمل الغلام كله في مقابلة بعض عمل العامل صح اذا شرطاه وتراضيا عليه وان كان عمل الغلام اضعاف ذلك فتكون الحصة في مقابلة عمل العامل وان كان قليلا جدا والحصة كثيرة جداً فليتأمل جيداً (وقال في جامع المقاصد) يفهم من كلام الشارح ولد المصنف ان المراد اشتراط كون عمل الغلام للعامل يختص به والظاهر أنه غير المراد والا لم يحتج الى قوله لخاص العامل بل كان يكفي عنه قوله للعامل على انه لامحصل له فان عمل غلام المالك في بستان المالك كيف يشترط كونه للعامل وأي فائدة في هذا الشرط (قلت) الفائدة في هذا الشرط ظاهرة وهي مساعدته على اعماله المختصة به وفيه تخفيف عنه واراد بقوله لخاص العامل التنصيص على ذلك لمكان الاشتباه وبعد الفرض فكانه قال للعامل خاصة به ولعله الذي دعاه الى كلام المبسوط كما سمعت على أنه ليس في كلامه مايفهم منه ذلك (قال في الايضاح) وجه القرب العموم لانه في الحقيقة شرط الحصة في مقابلة بعض العمل وهو جائز ويحتمل عدمه لانه شرط العوض له على عمل غيره والاصح الاول هذا كلامه بتمامه ولعله غير ظاهر ولانص فيما فهمه هو ان لحظت ماوجهنا به كلام الشيخ آنفا فليتأمل نعم قال ولده في شرح قوله في الارشاد وان شرط عمله لخاصه (لخاصته خ ل) جاز مانصه أي يكون عمل العبد للعامل بشرط ان يكون بعض العمل لا كله فلو شرط كل العمل بطل انتهى فليلحظ وليتأمل اذ يرد على الايضاح أنه حينئذ لافرق بينه وبين قوله ولو شرط ان يعمل معه غلام المالك ولعل ظاهره النزع الى مافي المبسوط ﴿ قوله ﴾ ﴿ ويجب تعيينه ﴾ اي الغلام المشروط

ونفقته على مولاه فان شرطها على العامل أو من الثمرة صح بشرط العلم بقدرها وجنسها ولو شرط العامل ان اجرة الاجراء الذين يحتاج الى الاستعانة بهم في العمل على المالك أو عليهما صح ولو لم يشترط فهي عليه ومع الشرط يجب التقدير بالكمية (متن)

عمله بالمشاهدة أو الوصف كما في التذكرة والتحرير وجامع المقاصد وهو قضية كلام الباقين لان الاعمال تختلف باختلاف الاشخاص وقد يكون الباقون مما يتسامحون في ذلك ﴿ قوله ﴾ ﴿ ونفقته على مولاه ﴾ اذا اطلق العقد كما في المبسوط والتذكرة وكذا التحرير وجامع المقاصد واذا شرطت على المالك جاز اجماعا كما في التذكرة ﴿ قوله ﴾ ﴿فان شرطها على العامل أو من الثمرة صح ﴾ كما صرح بالاول في الخلاف والمبسوط والتذكرة والتحرير وجامع المقاصد لانه شرط لا يخالف الكتاب ولا السنة ولا ينافي مقتضى العقد وبالثاني في التذكرة وجامع المقاصد لما ذكر ﴿ قوله ﴾ ﴿ بشرط العلم بقدرها وجنسها ﴾ اي حيث تشترط على العامل أو من الثمرة كما هو خيرة جامع المقاصد فرارا من الغرر واختير في الخلاف والمبسوط والتذكرة ان الاطلاق يحمل على الوسط المعتاد لانه يتسامح بمثل ذلك واستدل في التذكرة على عدم وجوب تقديرها بانه لو وجب ذكر صفاتها والتالي باطل ولم يتضح لنا بطلان التالي ﴿ قوله ﴾ ﴿ ولو شرط العامل ان اجرة الاجراء الذين يحتاج الى الاستعانة بهم في العمل على المالك أو عليهما صح ﴾ كما هو قضية كلام الوسيلة وهو خيرة الشرائع والتذكرة والتحرير والارشاد وشرحه لولده والمختلف والمهذب البارع والتنقيح والروض وجامع المقاصد والمسالك ومجمع البرهان والكفاية فبعض هذه صرح بما في الكتاب وبعضها باشتراط كونها على المالك وبعضها بكونها من الثمرة والكل متفقة على خلاف قوله في المبسوط بفساد العقد اذا اشترط كون اجرتهم من الثمرة قال اذا ساقاه على أجرة الذين يعملون ويستعان بهم من الثمرة فالعقد فاسد لان المساقاة موضوعة على ان من رب المال المال ومن العامل العمل فاذا شرط ان تكون أجرة الاجراء من الثمرة كان على رب المال المال والعمل معا وهذا لا يجوز انتهى وقد اطبق الاصحاب على خلافه كما سمعت حيث يكون من العامل عمل في الجملة يحصل به زيادة في الثمرة لعموم الادلة مع عدم المانع اذ باقي عمله مصحح للمساقات وفي (شرح الارشاد) لفخر الاجماع على ذلك قال اذا شرط عليه أجرة الاجراء الذين يعملون بعض العمل صح اجماعا ولا يراد من عبارة الشرائع وغيرها الا هذا المعنى لان نظرهم الى المبسوط والمتبادر من كلامه كما فهمه جماعة ان العامل قد لا يقوم بجميع العمل وحده فيحتاج الى من يعمل معه ويساعده من حراث وناطور وصاعود ونحو ذلك فاذا شرط أجرة نحو هؤلاء على المالك فسد العقد لكنه قد حكى عنه في التذكرة أنه منع من اشتراط ان يستأجر باجرة عن المالك في جميع العمل بحيث لم يبق للعامل الا الاستعمال وهو الفرع الذي يأتي ويشهد لذلك سكوت بن ادريس عنه لكن الجماعة قد فهموا منه ما قلنا انه المتبادر منه فليلحظ ذلك وليتأمل فيه اذ لعل في عبارة التذكرة سقطا فما احتمله في المسالك من عبارة الشرائع من ارادة ما يأتي في محله بناء على ما في التذكرة ﴿ قوله ﴾ ﴿ ولو لم يشترط فهي عليه ﴾ لوجوب العمل كله عليه وهو قضية كلام الجماعة بل في جامع المقاصد أنه لا ريب ان العامل اذا كان لا يقوم بالعمل وحده واحتاج الى من يساعده فيه فاجرة الاجراء الذين تدعوا الحاجة اليهم على العامل ﴿ قوله ﴾ ﴿ومع الشرط يجب التقدير﴾ في الموضعين وهما ما اذا شرطت على المالك او عليهما فتبطل بدونه كما في التحرير وكذا

اما لو شرط العامل ان يستأجر باجرة على المالك في جميع العمل ولم يبق للعامل الا الاستعمال ففي الجواز اشكال (الخامس) الثمار ويجب ان تكون مشتركة بينهما معلومة بالجزئية المعلومة لا بالتقدير فلو اختص بها احدهما (متن)

جامع المقاصد وقد يكون قضية كلام الباقين حذرا من الغرر وقد لا يكون لانه مما يتسامح فيه ﴿ قوله ﴾ ﴿ أما لو شرط العامل ان يستأجر باجرة على المالك في جميع العمل ولم يبق العامل الا الاستعمال ففي الجواز اشكال ﴾ ينشأ من ان استعمال الاجراء ومقاولتهم نوع من العمل اذ المالك قد لا يهتدي الى ذلك ومن ان هذا القول والاستعمال ليس بعمل عرفا اذ فرق بين العمل والقول الذي هو استعمال والمتبادر من اعمال المساقاة خلاف ذلك والجواز صريح كلام المهذب البارع أو قضيته كما تقدم بل قد يلوح من اطلاق كلام المختلف وقد يظهر ذلك من التذكرة (ونسب ظ) فيها هنا احتمال الجواز الى بعض الشافعية وقال وهو الذي نص الشيخ رحمه الله عليه كما تقدم والاصح البطلان كما في الايضاح وشرح الارشاد للفخر بل في الثاني الاجماع عليه وهو قضية كلام التنقيح وقد يلوح ذلك من المسالك وفي (جامع المقاصد) انه لا يخلو من قوة وهذا الاحتمال هو الذي احتمله في المسالك من عبارة الشرائع كما اشرنا اليه آنفا ﴿ قوله ﴾ ﴿ الخامس الثمار ويجب أن تكون مشتركة بينهما ﴾ هو هذا الركن الخامس وهي الثمرة الحاصلة من الاشجار التي هي محل العقد والمشهور بينهم في التعبير انه يشترط فيها ويجب فيها كون حصة العامل منها مشاعة على اختلاف تعبيرهم في ذلك ففي (الغنية) يشترط تعيين حق العامل وان يكون جزأ مشاعا وفي (السرائر) ويشترط لحصة معلومة مشاعة وفي (المبسوط) لا تجوز المساقاة حتى يشترط العامل جزأ معلوما من الثمرة اما النصف أو الثلث وقال ان موضوعها على الاشتراك بلا خلاف (وقال في الشرائع) الخامس الفائدة ولا بد ان يكون للعامل جزء منها مشاعا وهكذا بقية العبارات وقد عبر المصنف هنا بالاشتراك بينهما لانه يفيد الشياع وزيادة وهي أنه يشترط أن تكون جميع الثمار مشتركة بينهما فلو اشترط كون جزء منها وان قل جداً لثالث بطلت المساقاة لعدم المقتضي لاستحقاقه غير الشرط المخالف لوضع العقد وكيف كان فلا شك في اعتبار الشيوع كما في مجمع البرهان لتكون مساقاة ﴿ قوله ﴾ ﴿ معلومة بالجزئية المعلومة لا بالتقدير ﴾ يحتمل أن تكون معلومة خبرا بعد خبر لتكون والأنسب باعتبار المعنى أن تكون صفة لمحذوف حالا منه فيكون التقدير حال كون الشركة معلومة بالجزئية المعلومة والجزئية المعلومة مثل النصف والثلث والربع واحترز بها عن الجزئية المجهولة كالجزء والحظ والنصيب فان المساقاة لا تصح اذا كان التقدير بها اجماعا كما في التذكرة وجامع المقاصد والتقدير الذي لا يجدي تحصيل العلم به في صحتها مثل كذا رطلا وكذا قفيزا وفي (المبسوط والتنبية) لا يجوز ان يكون معلوم المقدار مثل أن يكون الف رطل وخمسمائة رطل كما يأتي وبالجملة قد طفحت عباراتهم باشتراط العلم بقدر نصيب العامل وحصته وسهمه وقد سمعت آنفا كلام المبسوط والتنبية والسرائر وهو معنى ما في المقنعة والنهاية والمراسم المساقاة جائزة بالنصف والثلث والربع اذ معناه أنها تصح اذا قدرت حصة العامل بهذه الجزئية المعينة من النصف وغيره من الكسور ﴿ قوله ﴾ ﴿ فلو اختص بها أحدهما ﴾ أي بطلت كما طفحت بذلك عباراتهم كالمهذب والشرائع والنافع والتحرير والارشاد وشروحه وجامع المقاصد وغيرها وهي قضية كلام الباقين حيث اشترطوا الاشاعة والشركة لانهما هما المتيقنان ﴿ قوله ﴾ ﴿ او

أو اهملا الحصة او شرط احدهما لنفسه شيئاً معلوما والزائد بينهما أو قدر لنفسه ارطالا معلومة والباقي للعامل أو بالعكس أو اختص أحدهما بثمرة نخلات معينة والآخر بالباقي أو شرط مع الحصة من الثمرة جزء من الاصل على اشكال (متن)

اهملا الحصة ﴾ أي بطلت كما في المهذب والسرائر والشرائع والتذكرة والتحرير وهو قضية كلام الباقين لمنافاته لمقتضى العقد ﴿ قوله ﴾ ﴿ أو شرط أحدهما لنفسه شيئاً معلوما والزائد بينهما ﴾ أي بطلت كما في الشرائع والتذكرة والتحرير وجامع المقاصد والمسالك والكفاية وغيرها وهو قضية كلام الباقين لمخالفته لموضوع المساقاة فانها مبنية على الاشتراك في الثمرة كما دل عليه القول وفعل النبي صلى الله عليه وآله ولانه ربما لايحصل الا ذلك القدر المعين فلا يكون للآخر شيء ﴿ قوله ﴾ ﴿ أو قدر لنفسه ارطالا معلومة والباقي للعامل ﴾ أي بطلت كما في المبسوط والغنية والشرائع والتذكرة والتحرير والارشاد وشروحه وجامع المقاصد والمسالك والكفاية وهو قضية كلام الباقين لما تقدم وفي الاولين أنه لا خلاف في ذلك كما تقدم لكن في جملة من هذه أو قدر أحدهما لنفسه مقداراً معينا والباقي للآخر فيشمل صورة العكس في الكتاب كما يأتي ﴿ قوله ﴾ ﴿ أو بالعكس ﴾ كما في الشرائع وجامع المقاصد والمسالك والكفاية وقد سمعت ما في جملة من الكتب المتقدمة والوجه في ذلك ما تقدم ﴿ قوله ﴾ ﴿ أو اختص أحدهما بثمر نخلات معينة والآخر بالباقي ﴾ كما في المبسوط والغنية والوسيلة وجامع الشرائع والشرائع والتذكرة والتحرير والارشاد وشروحه وجامع المقاصد والمسالك ومجمع البرهان والكفاية وهو قضية كلام الباقين لانه تفريع على شيوع الفائدة وفي الاولين نفي الخلاف فيه ﴿ قوله ﴾ ﴿ أو شرط مع احدى الحصتين من الثمرة جزأ من الاصل على اشكال ﴾ أي بطلت على اشكال وقد تردد أيضا في الشرائع وهو ظاهر الكفاية وجزم بالبطلان في المبسوط والسرائر والارشاد وتعليقه والروض وفي (الايضاح وجامع المقاصد) انه الاصح وفي (المسالك) انه أوجه ومال الى الصحة في مجمع البرهان ومنشأ التردد من أن مقتضى المساقاة ان الحصة من الفائدة فاذا دخلت الحصة من الاصل في ملكه لا يكون العمل المبذول في مقابلة الحصة واقعا في ملك المالك ولا واجبا بالعقد اذ لا يعقل أن يشترط عليه العمل في ملك نفسه وبه يفرق بينه وبين اشتراط الذهب أو الفضة لانهما من غير المال الذي يعمل به والحصة في النماء انما هي في مقابلة عمله في جميع المال المعقود عليه فاذا صار له جزء منه لم يكن له عمل في جميع المال المملوك للمالك فلم يستحق جميع الحصة لانه لم يعمل في جميع مال المالك الا أن نقول انه اذا اشترط الحصة من الاصل كان كالاستثناء من العمل في جميع المال المملوك فيكون بعض الحصة في مقابلة العمل في ما يختص به المالك وبعضها بتبعيته للملك الحاصل بالشرط في العقد اللازم فليتأمل ومن ان ذلك يجري مجرى اشتراط شيء غيره من ذهب أو فضة وهو جائز مع عموم الوفاء بالعقود والشروط (قلت) وقد جوز جماعة ان ترضع الصبي المملوك بجزء منه وان يستأجره على طحن الحنطة بجزء منها فتأمل (وقال في مجمع البرهان) ما نجد مانعا من الصحة ومن كونها مساقاة الا أن يقال قد وقع الاجماع على عدم انعقاد مثله مساقاة وبلفظ المساقاة فتأمل ومنه يعلم حجة القائل بالبطلان وهو الاشبه بأصول المذهب لانه لا أقل من أن يكون مشكوكا فيه فيقتصر فيما خالف الاصل على المتيقن ولهذا ما نجد قائلا بالصحة ولو باظ الاقرب ونحوه ومع ذلك قال في الرياض ان في المسألة قولين وقال أيضا انه لم يقف على مخالف ﴿ قوله ﴾

أو ساقاه بالنصف ان سقي ناضحا و بالثلث ان سقي عذيا أو بالعكس أو ساقاه على أحد الحائطين لا بعينه او شرط حصة مجهولة كالجزء او النصيب بطلت المساقاة ولو شرط له النصف من احد النوعين والثلث من الآخر صح اذا علم مقدار كل منهما (متن)

﴿ أو ساقاه بالنصف ان سقي ناضحا و بالثلث ان سقي عذيا و بالعكس ﴾ أي بطلت كما في المبسوط والتذكرة والتحرير والمسالك والمفاتيح وفي (الكفاية والرياض) انه الاشهر ولعله لمكان تردد المحقق والا فلا نجد مخالفا وجزم بالبطلان أولا في الشرائع لان الحصة لم تتعين ثم قال وفيه تردد (وقال في الارشاد) ولو شرط فيما سقت السماء النصف وفيما سقي بالناضح الثلث بطل وقد فهم منه في مجمع البرهان أنه أراد غير ما في الشرائع والكتاب وغيرها وهو الظاهر من الروض أو صريحه قال في (مجمع البرهان) لان الظاهر من عبارة الارشاد ان المراد اذا كان في البستان مايسقي بالسماء أي لا يحتاج الى السقي بمثل الناضح بل يحتاج الى ما يسهل معه دخول الماء تحت الاشجار وغيره من العمل وفيه ما يسقي بمثل الناضح وهو البعير وشرط المالك لنفسه نصف الثمرة مما يسقي بالسماء والثلث فيما يسقي بالناضح بطل هذا العقد والبطلان غير واضح وهذه غير المسئلة المذكورة في القواعد والشرائع لان البطلان هناك للجهالة و يمكن أن يقال ان عبارة القواعد أجود من هذه لانها غيرها نعم ان كان المراد منها هو المراد من عبارة القواعد لا شك في ذلك ولكن لا يفهم ذلك من هذه أصلا بل المفهوم ما ذكرنا مع امكان المناقشة في عدم صحة ما ذكر في القواعد ولذلك تردد في الشرائع فان الصحة ممكنة كما مر في الاجارة ان خطته فارسيا فلك كذا أو روميا فلك كذا الا أن يقال انه خرج بدليل خاص انتهى ماأردنا نقله من كلامه (ونحن نقول) الظاهر ان مراده في الارشاد هو مراده في القواعد والتذكرة والتحرير لانه لا وجه لجزمه فيه بالبطلان مع عدم ظهور وجهه فيما فهمه منه مولانا المقدس الاردبيلي بل وجه الصحة ظاهر في ذلك مع العلم بكل منهما في الجملة و به صرح في الكفاية وقد صححوا مثله في ما يأتي ان شاء الله تعالى فيما اذا شرط له النصف من أحد النوعين والثلث من الآخر بل صححوا ما اذا شرط له النصف من هذا الحائط من النوعين وان لم يعلم قدر كل منهما (وكيف كان) فالاصح فيما نحن فيه عدم الصحة لمكان الجهالة مع عدم وجود مخصص لحكمها من اجماع أو رواية كالبيع بثمنين الى أجلين والاجارة للخياطتين كما تقدم بيانه مع عدم القائل بالصحة هنا أصلا والمحقق انما تردد (وليعلم) انه لم يذكر في أكثر ما ذكرنا من الكتب صورة العكس لقلة فائدتها ووضوح المراد بدونها ﴿ قوله ﴾ ﴿ أو ساقاه على أحد الحائطين لا بعينه ﴾ أي يبطل كما في التذكرة ووجهه ظاهر ولعله لذلك تركه الجماعة ﴿ قوله ﴾ ﴿ أو شرط حصة مجهولة كالجزء والنصيب بطلت المساقاة ﴾ اجماعا كما في التذكرة وجامع المقاصد كما تقدم ولا يحمل على ما ذكر في الوصية فلا ينصرف الجزء الى العشر والسهم الى الثمن والشيء الى السدس لان ذلك خاص بالوصية وقوله بطلت جواب لو في قوله فلو اختص الى آخره وقد تقدم في مثل هذه الامور التسعة أو الاحدى عشر في باب المزارعة فليلحظ ﴿ قوله ﴾ ﴿ ولو شرط له النصف من أحد النوعين والثلث من الآخر صح اذا علم كل منهما ﴾ كما في الخلاف والمبسوط والشرائع والتذكرة والتحرير والارشاد واللمعة وجامع المقاصد وتعليق الارشاد والروض والمسالك ومجمع البرهان والكفاية والمفاتيح غير أنه في الخلاف لم يشترط علمه بكل منهما لكنه مراد له لانه في صدد الرد

ولو ساقاه على النصف من هذا الحائط من النوعين لم يشترط العلم بقدر كل واحد منهما ولو شرط المالك على العامل شيئا من ذهب او فضة مع الحصة كان مكروها (متن)

على مالك لانه حكى عنه أنه لا يجوز ذلك حتى تكون الحصص سواء في الكل ومثاله ما اذا اشتمل على نوعين من النخل كالبرني والمعقلي وفاوت بينهما في الحصة فانه يجب علم العامل بمقدار ما يحصل من هذين النوعين ومعرفة ذلك انما تكون بالنظر والخرص والتخمين كما صرح به في التذكرة والروض اذ العلم بحصة الانواع يستلزم العلم بقدر كل نوع واليه أشار بقوله في اللمعة اذا علماها أي الحصة (وقال في الروضة) أي اذا علم الأنواع كما في الكتاب وغيره والمراد حصة الانواع لان العلم بالانواع عندهم يستلزم العلم بالحصة أيضا فليتأمل والامر سهل لوضوح المراد ومفهوم هذه العبارات كما هو صريح المبسوط والتذكرة وجامع المقاصد والمسالك أنه اذا لم يعلم لم تصح المساقاة وانه اذا لم يفاوت بينهما وساقاه على النصف من الجميع لم يشترط العلم بقدر كل منهما بل لا يشترط العلم بذلك وان كانت الاجناس مختلفة (قال في التذكرة) اذا اشتمل البستان على أشجار مختلفة كالزيتون والرمان والتين والكرم فساقاه المالك على ان للعامل سهما واحداً في الجميع كنصف الثمرة أو ثلثها أو غير ذلك صح اجماعا سواء علما قدر كل واحد أوجهلاه أوعلم أحدهما دون الآخر وسواء تساوت أوتفاوتت ولو فاوت المالك بينها لم يصح اذا لم يعلم قدر كل جنس منها لما فيه من الغرر والفرق بين الاول والثاني ان قدر حقه في الاول معلوم بالجزئية وانما المجهول الجنس والصفة فالحصة معلومة غير مجهولة والمدار على العلم بها وفي الثاني القدر أيضاً مجهول لاحتمال اختلاف ثمرة الجنسين في القدر وحينئذ يكون قدر ماله من الكل مجهولا لان المستحق على أحد التقديرين نصف الاكثر وثلث الاقل وعلى التقدير الآخر ثلث الاكثر ونصف الاقل والاول أكثر من الثاني ومعلوم ان الجهل بقدر الحصة مبطل وحاصله أنه حينئذ لا يعرف قدر ما فيه النصف من مجموع البستان فلا يكون قدر النصف من جميعه معلوما وكذلك لو كان الجنس واحداً والنوع مختلفا والى هذا أشار في الروضة والمسالك بقوله حذراً من وقوع أقل الجزئين لاكثر الجنسين مع الجهل به فيحصل الغرر لكنه كما ترى غير واف بتمام المراد و بذلك يظهر لك عدم صحة ما في مجمع البرهان حيث قال ان في الصحة اشكال اذا لم تكن الحصة مختلفة لمكان الجهالة فلو كانت مانعة من الصحة لمنعت هنا فلا يبعد عدم الصحة بناء على اعتبار العلم وعدم الجهالة لانك قدعلمت أن لا جهالة هناك مع حكاية الاجماع على ذلك ﴿ قوله ﴾ ﴿ ولو ساقاه على النصف من هذا الحائط من النوعين لم يشترط العلم بقدر كل منهما ﴾ كما تقدم بيانه بحيث يرتفع اشكال مجمع البرهان ﴿ قوله ﴾ ﴿ ولو شرط المالك على العامل شيئا من ذهب أو فضة مع الحصة كان مكروها ﴾ قد حكينا ذلك في باب المزارعة عن كتب الاصحاب من المقنعة الى الرياض وانما خلى عن ذلك الخلاف والمبسوط وفقه القرآن والغنية وجامع الشرائع والتنقيح والكافي والتذكرة لكن في الاخيرين التصريح بجواز الاشتراط ولم يذكرا الكراهية و بعض هذه الكتب الستة لم يسق لبيان ذلك وفي (المهذب) ان الاحوط تركه وقد استغربنا ذلك منهم حيث أطبقوا هنا الا من شذ على الكراهية مع عدم ورود خبر بذلك ولم يتعرض المتقدمون لذلك في المزارعة مع ورود الخبر وقلنا أنه لا دليل لهم على الكراهية الا الاجماع وانه يجوز كون الخارج بقدر الشرط أو أقل فيكون عمله وتعبه ضائعا فيكره للمالك أخذه لمكان الضرر وقد قلنا فيه نظر

ووجب الوفاء به ما لم تتلف الثمرة او لم تخرج فيسقط وفي تلف البعض او قصور الخروج اشكال (متن)

اذ لو كان الشرط أكثر من الحصة أو مثلها يكون سفها موجبا لفساد العقد والظاهر ان حكمهم بذلك مبني على عدم السفه والضرر كما في جميع المعاملات وأما دليل الجواز واللزوم فعموم أدلة الوفاء بالعقود والشروط ﴿قوله﴾ (ووجب الوفاء ما لم يتلف الثمرة أو لم تخرج فيسقط) كما صرح بذلك كله في المهذب البارع وجامع المقاصد والمسالك والروضة واقتصر على اشتراط عدم التلف في النهاية والسرائر والشرائع والنافع والتذكرة والتحرير وايضاح النافع وفي (الارشاد والتبصرة واللمعة والروض ومجمع البرهان) وجب الوفاء به مع السلامة فيحتمل السلامة في الجملة ولو تلف أكثرها كما هو المستفاد من قولهم ما لم تتلف اذ المتبادر منه تلف الكل كما هو صريح جماعة منهم المصنف فيما يأتي وظاهر آخرين قال في الروضة في شرح قوله في اللمعة شرط سلامة الثمرة فلو تلفت أجمع أو لم تخرج لم يلزم ويحتمل مع السلامة عرفا وعادة بحيث لا ينقص شيء يعتد به عرفا من الثمرة المعتادة وعلى التقدير الثاني فرق بينه و بين التلف وعدم الخروج على ما هو المتبادر منهما كما سمعت الا أن يقال ان المراد التلف المعتد به فيوافق السلامة عرفا و يخالف السلامة في الجملة أو المراد التلف في الجملة فينعكس الامر لكنه يخالف بما عرفت وستسمع الكلام في تلف البعض (وكيف كان) فالوجه في السقوط عند تلف الجميع أو عدم خروجه انه لولاه لكان أكل مال بالباطل فان العامل قد عمل ولم يحصل له عوض فلا أقل من خروجه لا عليه ولا له (قلت) الاصل في ذلك الاجماع على الظاهر اذ لا خلاف الا من (١) مع موافقة الاعتبار لمكان حصول ضرر بن عليه ضرر بذهاب تعبه ضياعا وضرر باخذ الشرط منه فلا يبعد دخوله تحت أكل مال بالباطل فتأمل وأما اذا كان الشرط للعامل على المالك فظاهر التذكرة والتحرير ان الامر كذلك وفي (المسالك) انه ضعيف وفي (جامع المقاصد) ان فيه نظرا لان العوض من قبل العامل وهو العمل قد حصل والشرط قد وجب بالعقد فكيف يسقط بغير مسقط فان تلف بعض أحد العوضين لا يوجب سقوط البعض الآخر مع سلامة العوض الآخر (قلت) مع انه عمر له أرضه وأصلح شجره ولم يزرع حتى يقال ان الارض تعصت بالزرع وحينئذ فيمكن الفرق على تأمل ولا ترجيح في مجمع البرهان ﴿قوله﴾ (وفي تلف البعض أو قصور الخروج اشكال) ونحوه ما في الايضاح من عدم الترجيح وقد عرفت ان الاصل في المسئلة الاجماع وحصول الضرر المعتد به وهما منفيان في الفرضين الآن نقول ان الظاهر ممن اشترط السلامة مراده السلامة بالكلية أو العرفية وكلاهما يقضيان بالسقوط عند تلف البعض مطلقا أو عدم خروجه أو تلف البعض المعتد به أو عدم خروجه (قلت) لا يصح لهم ارادة شيء من الامرين لان ذلك مبني على مقابلة الاجزاء بالاجزاء في المساقاة بأن يكون كل جزء من الشرط والعمل في مقابلة كل جزء من الثمرة وهي منتفية لوجوه (الاول) انها على تقدير وقوعه غير معلوم فلو تحققت المقابلة لم يكن ما نريد أن نسقطه في مقابلة الساقط معلوما و بالجملة المجموع غير مضبوط فلا تصح مقابلة الاجزاء بالاجزاء الثاني أنه لو تلف بعض الثمرة أو نقص خروجها عن العادة لم يسقط شيء من العمل

(١) كذا في الاصل هنا كلمة محرفة لم نعلم صوابها فاسقطناها فلتراجع والظاهر ان الخلاف المشار اليه هو من العامة كما يفهم من التذكرة حيث قال ومنع العامة جواز ذلك وأبطلوا المساقاة الخ (مصححه)

ولو قال ساقيتك على ان لك النصف من الثمرة صح وان اضرب عن حصته وفي العكس اشكال فان ابطلناه فاختلفا في الجزء المشروط لمن هو منهما فهو للعامل (متن)

أصلا بل قالوا لو لم تثمر الاشجار أو تلفت الثمار بجائحة أو غصب وجب على العامل تمام العمل وان تضرر به وكيف يجتمع هذا مع المقابلة (الثالث) ان العامل يملك حصته من الثمرة بالظهور فاذا تلف بعضها تلف في ملك (ملكه ظ) بعد استحقاقه اياه بالمعاوضة فلا يسقط بتلفه شيء من العوض الآخر وسقوط الشرط بتلف الجميع لا يقدح في ذلك لخروجه بالدليل من الاجماع أو الضرر العظيم (الرابع) وهو خاص بالاخير ان العوض هو ما يخرج قليلا كان أو كثيرا الا ما يتوقع خروجه بحسب العادة فكيف يعقل سقوط شيء من المشروط بتخلف العادة مع تأييد ذلك بعموم الايفاء بالعقود والشروط ولذلك اختير في جامع المقاصد والمسالك والروضة عدم السقوط فيهما بل قال الثاني ان ضعف القول بالسقوط ظاهر ووجه احتمال السقوط ان الاجزاء تقابل بالاجزاء لانه يسقط الشرط بتلف الكل ويجب كله بحصول الكل فيقابل بالمجموع فتكون الاجزاء في مقابلة الاجزاء ﴿قوله﴾ (ولو قال ساقيتك على ان لك النصف من الثمرة صح وان اضرب عن حصته) أي سكت عنها كما في المبسوط والتذكرة والتحرير وجامع المقاصد لان استحقاقه الباقي ثابت بالاصل لانه كان مستحقا للمجموع فخرجت عنه حصة العامل بقي الباقي على ما كان فلا يحتاج الى النص عليه بخصوصه فكان كما لو قال بعتك نصف عبدي هذا ﴿قوله﴾ (وفي العكس اشكال) كما في التحرير وقد جزم بعدم الصحة في المبسوط أولا وفي (التذكرة) انه أقوى وفي (المبسوط أيضا والايضاح وجامع المقاصد) انه الاصح لان التخصيص بالذكر لا يدل على التخصيص بالحكم لضعف دلالة المفهوم المخالف ولان الامور المعدودة أركانا في العقود الامر فيها أضيق من أن يكتفي لذكرها مثل ذلك وحكى في المبسوط عن بعض الناس القول بالصحة لان قوله ساقيتك يقتضي المشاركة فاذا قال لي منها النصف علم انه ترك الباقي للعامل كقوله تعالى (وورثه ابواه فلامه الثلث) حيث علم ان للاب الباقي ﴿قوله﴾ (فان ابطلناه فاختلفا في الجزء المشروط لمن هو منهما فهو للعامل) كما في التذكرة والتحرير ومعناه أن العامل ادعى ان المالك قال له ساقيتك على ان لك النصف فيكون العقد صحيحاً وادعى المالك انه قال ولي النصف فيكون باطلا وقد جزم المصنف هنا بتقديم قول العامل بيمينه اما لانه مدعي الصحة وقد تقدم للمصنف في آخر باب الاجارة ان قول مدعي الصحة انما يقدم فيما لا يتضمن دعوى أمر آخر غير الصحة فلعله أراد هنا ما اذا كانت أجرة المثل بقدر الحصة وكان ذلك عند انتهاء المدة واما لما يظهر من التذكرة من ان تقديم قوله لمساعدة الظاهر له من حيث ان الشرط انما يراد لاجله لان المالك يملك حصته بالتبع للاصل لا بالشرط وقد نظر في الامرين في جامع المقاصد اما (الاول) فلما تقدم له من أن قول مدعي الصحة انما يقدم فيما اذا اتفقا على حصول اركان العقد واختلفا في وقوع الشرط المفسد ومن ان الاختلاف الذي لا يترتب عليه فائدة اصلا الا محض تجرع مرارة اليمين لا يكاد يقع ممن يعقل وقد تقدم تحرير الكلام في ذلك مسبغا وبينا بطلان كلامه بكلامه في عدة مواضع فليرجع اليه من أراد الوقوف عليه (واما الثاني) فلان مثل ذلك لا يعد ظاهرا اذ ليس المراد من الظاهر ما دلت عليه القرينة والا لكان اذا اختلفا في ان المعقود عليه المبيع وهو ما جرت عليه المساومة أو غيره القول قول مدعية عملا بشاهد

ولو قال على ان الثمرة بيننا فهو تنصيف ولو ساقاه على بستانين بالنصف من احدهما والثلث من الآخر صح مع التعيين والا فلا ولو ساقاه على احدهما بعينه بالنصف على ان يساقيه على الآخر بالثلث صح على رأي (متن)

القرينة وليس كذلك بل المراد بالظاهر مايندر وقوع مقابله كما اذا جاء المتبايعان مصطحبين واختلفا في التفرق بعد البيع مع مضي زمان طويل جداً من وقوعه فان عدم التفرق في المدة الطويلة من الامور النادرة الوقوع ثم قال والذي يقتضيه النظر ان القول قول الآخر بيمينه (قلت) مرادهم بالظاهر المظنون الراجح الوقوع لقرينة أو غيرها فالمقابل له متساوي الطرفين وهو المشكوك فيه والموهوم وهو النادر وقد عدوا من تعارض الاصل والظاهر ما اذا ادى المحال عليه المال المحال به فاراد الرجوع على المحيل بما ادى فقال المحيل كان ذلك ديناً عليك اذ الظاهر كون المحال عليه مشغول الذمة لان الظاهر أنه لولا اشتغال ذمته لما أحيل عليه والاصل براءة ذمته وليست الحوالة على البري نادرة الوقوع وعدوا من الظاهر وقدموه على الاصل الاخبار بالطهارة والاخبار بانقضاء العدة وما اذا شك بعد الفراغ من الطهارة والصلوة وغيبة المسلم وما اذا شك في عدد الركعات أو فعل من أفعال الصلوة بعد دخوله في آخر واختلفوا في طين الطريق وغسالة الحمام وما في أيدي المخالفين من جلد أو لحم وفي الجلد المطروح في بلاد الاسلام اذا ظهر عليه قرائن التذكية وغير ذلك مما يندر وقوع مقابله بل الظاهر تقديم الظاهر في هذه أيضاً كما هو المعروف على الظاهر فالمدار في الظاهر على الظن والرجحان وان كان مقابله متساوي الوقوع وعدمه والظن والرجحان فيما نحن فيه غير ماثل به فان وجد هناك قرينة تورث ظناً ورجحاناً قلنا به فتقديم قول العامل فيما نحن فيه المتمين لانه مسلم مدعي الصحة وأقوال المسلم وافعاله تحملان على الصحة مؤيداً بمساعدة الظاهر ﴿ قوله ﴾ (ولو قال على ان الثمرة بيننا فهو تنصيف) كما في التذكرة وجامع المقاصد كما هو الشأن في حمل الاطلاق على ذلك فيما تحققت فيه الشركة كالوقف والوصية والاقرار لان الاصل في الشركة عدم التفاوت ﴿ قوله ﴾ (ولو ساقاه على بستانين بالنصف من أحدهما والثلث من الآخر صح مع التعيين والا فلا) كما في التذكرة والتحرير وجامع المقاصد وبالصحة مع التعيين صرح في المبسوط والمراد بالتعيين تعيين البستان الذي شرط له فيه النصف والذي شرط له فيه الثلث كأن يقول له من هذا النصف ولو لم يعين لم يصح لانه لايدري الذي يستحق نصفه ولا الذي يستحق ثلثه وفي (التذكرة) لو ساقاه على بستان واحد نصفه بالنصف ونصفه بالثلث وابهم بطل كالبستانين سواء والاصح الصحة كما نص عليه في التحرير ﴿ قوله ﴾ (ولو ساقاه على احدهما بعينه بالنصف على ان يساقيه على الآخر الثلث صح على رأي) هو خيرة الشرائع والتذكرة والتحرير والارشاد وشرحه لولده والمختلف والايضاح واللمعة والتنقيح وجامع المقاصد والروض والمسالك والروضة ومجمع البرهان وهو قضية كلام الوسيلة وقد تؤذن عبارة التذكرة بدعوى الاجماع عليه حيث قال صح عندنا والمراد من هذه العبارات كما هو المتبادر منها كما هو صريح بعضها ان المالك ساقاه على هذا بالنصف على ان يساقيه على الآخر بالثلث فالضمير المستكن في يساقيه راجع الى المالك ويحتمل عوده للعامل فتكون البستان الآخر له والحكم واحد والمعروض في كلام المبسوط الذي هو الاصل في المسئلة هو الاول كما هو صريح دليله وان (كان ط) تنظيره صريحاً في الثاني وقد ذكر صاحب الروض لعبارة الارشاد وهي

ولو تعدد المالك وتفاوتا في الشرط صح ان علم حصة كل منهما ولو اتفقا صح وان جهلهما (متن)

كبارة الكتاب قال لو ساقاه على بستان على ان يساقيه على آخر ثلاثة مسان أحدهما الثاني وما ألم بالاول (وكيف كان) فالوجه في ذلك ظاهر لان هذا الشرط كسائر الشروط في العقود اللازمة (وقال في المبسوط) اذا قال ساقيتك على هذا الحائط بالنصف على ان أساقيك على الآخر بالثلث بطلت لانه بيعتان في بيعه فانه ما رضي ان يعطيه من هذا النصف الا بان يرضى منه بالثلث من الآخر وهكذا في البيع اذا قال له بعتك عبدي هذا بألف على ان تبيعني عبدك بخمسمائة فالكل باطل لان قوله على ان تبيعني وعد فاذا لم يف به سقط ونقص من الثمن لاجله فاذا بطل ذلك رددنا الى الثمن ما نقصناه لاجله وذلك المردود مجهول والمجهول كذلك اذا أضيف الى معلوم كان الكل مجهولا ويفارق هذا اذا قال ساقيتك على هذين الحائطين بالنصف من هذا وبالثلث من هذا حيث يصح لانها صفقة وقد وافقه أبو علي في بعض وخالف في آخر قال ولا اختار ايقاع المساقاة صفقة واحدة على قطع متفرقة و بعضها أشق عملا من بعض ولا ان يعقد ذلك على واحدة ويشترط في العقد العقد على الأخرى وكذا وجدنا فيما عندنا من نسخ المختلف وهو صريح صاحب الايضاح حيث استظهر منه موافقة الشيخ وحكى عنه في المسالك انه ذهب الى عكس الشيخ وقال أنه قال الا ان يعقد والذي وجدناه ولا ان يعقد (وكيف كان) فما ادعاه الشيخ من الجهالة ممنوع لان هذا الشرط كجزء من العقد فيجب الوفاء به فلو فرض انه لم يف فكذلك أي لا جهالة أيضا لان ذلك لا يقتضي رد الناقص من الثمن كما ادعاه بل يتسلط المشروط له على الفسخ كما في الاخلال بغيره من الشروط ونمنع تفسير البيعتين في بيعه بما ذكر بل المراد البيع بثمنين متفاوتين بالنظر الى الحلول والاجل أو بقلة الاجل وكثرته ومنه يعلم الحال في كلام أبي علي على السختين ونمنع ماقال في المختلف والوجه عندي جواز جميع هذه العقود في البيع والمساقاة ﴿ قوله ﴾ (ولو تعدد المالك وتفاوت في الشرط صح ان علم حصة كل منهما والا فلا) كما صرح بالامرين في المبسوط والشرائع والتذكرة والتحرير والارشاد وجامع المقاصد والروض والمسالك كأن وكل أحد المالكين الآخر لان المفروض تعدد المالك واتحاد العامل فقال ساقيناك على ان لك النصف من حصتي والثلث من حصة شريكي لان العامل في الفرض عالم بقدر نصيب كل واحد منهما في ذلك البستان فيحصل له العلم بقدر حصة كل واحد منهما ولا يكفيه العلم بالبستان فقط لئلا يلزم الجهل بالحصة المضر بالصحة لانه يدخل حينئذ على ان من نقل له النصف من ماله (له ظ) نصف البستان مثلا وقد تبين ان له السدس وذلك خلاف ما أقدم عليه والعقد اذا أفضى الى ذلك بطل وفي (التذكرة) انه لا بد في ذلك أي جواز التفاضل من شرطين (أحدهما) ان يعين حصة كل من الشريكين (الثاني) ان يعلم قدر نصيب كل واحد منهما والظاهر ان أحدهما يغني عن الآخر كما ذكره الجماعة في المسئلة وغيرها كما تقدم ﴿ قوله ﴾ (ولو اتفقا صح وان جهلهما) أي اذا اتفق المالكان في الشرط كالثلث مثلا صح وان جهل مقدار حصة كل منهما كما في التذكرة والتحرير وجامع المقاصد والمسالك ومجمع البرهان لان الحصة وهي الثلث من المجموع والمجموع معلوم ولا ضرورة الى العلم بقدر حصة كل منهما لمكان عموم الادلة والاصل في احتمال مانعية مايحتمل ان يكون مانعا وصورته ان يقول أحدهما بعد توكيل الآخر له ساقيناك على ان لك النصف من ثمرة

ولو انعكس الفرض بأن تعدد العامل خاصة جاز تساويا او اختلفا ولو ساقاه على ازيد من سنة وفاوت الحصة بينهما جاز مع التعيين ولو ساقى احد الشريكين صاحبه فان شرط للعامل زيادة على نصيبه صح والا فلا ولا اجرة له ﴿الفصل الثاني في احكامها﴾ يملك العامل الحصة بظهور الثمرة (متن)

الجميع ﴿قوله﴾ ﴿ولو انعكس الفرض بأن تعدد العامل خاصة جاز تساويا أو اختلفا﴾ كما في المبسوط والتذكرة والتحرير وجامع المقاصد والمراد التساوي والاختلاف في الحصة كما اذا قال المالك المتحد للعاملين ساقيتكما ان لهذا النصف ولهذا السدس والباقي لي لان كل واحد منهما قد عرف قدر مايصيبه من جميع الثمرة فلا غرر على أحد منهما لكنه لابد من العلم بمقدار ما يتعلق بكل منهما كما مثلنا فلا تصح لو قال لاحدكما النصف والآخر السدس ومنه يعرف في حال صورة التساوي ولو أطلق حمل على التساوي كما في التحرير وجامع المقاصد ﴿قوله﴾ ﴿ولوساقاه على أزيد من سنة وفاوت الحصة بينهما جاز مع التعيين﴾ أي تعيين الحصة كل سنة وثنى الضمير جريا بالحكم على أقل مراتب الزيادة وقد صرح بذلك في التذكرة والتحرير وجامع المقاصد وهو أظهر وجهي الشافعية ووجهه واضح ولهم وجه آخر بالمنع كما لو اسلم في جنس الى آجال وهو قياس مع الفارق ثم لو أخل بالتعيين بطلت للغرر والجهالة لاختلاف الثمرة باختلاف السنين ﴿قوله﴾ ﴿ولو ساقا أحد الشريكين صاحبه فان شرط للعامل زيادة على نصيبه صح والا فلا﴾ كما في المبسوط والتذكرة والتحرير وجامع المقاصد لأنه اذا كان شريكا له في النصف وشرط له الثلثين كان له النصف بحق ملكه وثلث ما بقي بالمساقاة فكأنه ساقاه مفرداً على نصيبه على ان له معه ثلث الثمرة ولو فعل هذا صح وان شرط له نصف الثمرة أو ثلثها كأن قد ساقاه بغير عوض ويكون قد شرط عليه في الثانية العمل وثلث ثمرته وذلك لايجوز ﴿قوله﴾ ﴿ولا أجرة له﴾ كما في التذكرة والتحرير وجامع المقاصد لأنه متبرع بالعمل ولم يشترط له في مقابلة عمله أجرة فهو متطوع (وقال في المبسوط) ان له أجرة المثل وهو قول ابن شريح لان لفظ المساقاة يقتضي اثبات العوض فوجب له وان لم يشترط كما لو قال تزوجتك بلا مهر و بعتك بلا ثمن وتلفت السلعة في يده (وفيه) ان النكاح لايستباح بالبذل وأيضا ان وجب المهر بالعقد كان النكاح صحيحا فلا يصح قياس هذا عليه والبيع بغير عوض يقتضي بعدم الملك فلا يجب تسليمه ولو سلمه كان مضموناً ولم يحصل العمل في يده هنا وانما تلف في يد صاحب العمل فتأمل

﴿الفصل الثاني في احكامها﴾

﴿قوله﴾ ﴿يملك العامل الحصة بظهور الثمرة﴾ اجماعاً كما في الروضة والرياض وموضعين من المسالك وعند علمائنا كما في التذكرة وكذا مجمع البرهان و بلا خلاف عندنا كما في جامع المقاصد ولا نعرف فيه خلافا كما في المسالك أيضا والكفاية والرياض ايضا وبه صرح المتأخرون وهو قضية كلام بعض المتقدمين بل هو صريحهم كما ستسمع في وجوب الزكوة بل لم يحك الخلاف الا من الشافعية في أحد القولين من أحد الطريقين وهو انه لايملك الا بعد القسمة كالعامل في القراض وهو قياس مع الفارق ومنع الحكم في الاصل ووجه الفرق ان الربح في القراض وقاية لرأس المال والثمرة ليست

فلو تلفت كلها الا واحدة فهي بينهما فان بلغ حصة كل منهما نصابا وجبت عليه زكوته والا فعلى من بلغ نصيبه (متن)

وقاية للشجرة ولهذا لو تلفت الاصول كلها كانت الثمرة بينهما ﴿ قوله ﴾ (فلو تلفت جميع الثمرة الا واحدة فهو بينهما) كما في المبسوط والتذكرة ومعناه ان ملك هذه الواحدة لا يتوقف على حصولها في يده بعد قسمتها فلو أتلفها متلف قبل القسمة والحصول ضمنها لها وليست هذه الواحدة وقاية للتالف من الثمرة فتكون الهالك بزعم القايسين لذلك على القراض كما في المبسوط بدليل أنها لو ذهبت الا ثمرة واحدة كان الباقي بينهما وليس كذلك الربح في القراض لانه وقاية لمال رب المال بدليل انه لو ذهب من المال شيء كان من الربح فبان الفصل فاندفع ما قاله في جامع المقاصد من ان هذا التفريع غير ظاهر لان ملك العامل الحصة بالظهور وعدمه لا أثر له في كون الباقي بينهما نفيا واثباتاً فلا يمتنع على القول بانه يملك بالقسمة اشتراكهما فيما بقي بعد تلف البعض الى زمان القسمة اذ قد علمت الامتناع على ما بيناه من الوجهين فتأمل ﴿ قوله ﴾ (فان بلغ حصة كل منهما نصابا وجب عليه الزكوة والا فعلى من بلغ نصيبه) تفريع هذا على ان العامل يملك الحصة بالظهور في غاية الظهور وقد صرح بذلك في الخلاف والمبسوط والسرائر والشرائع والتذكرة والتحرير واللمعة وجامع المقاصد والمسالك والروضة ومجمع البرهان والرياض وقد حكينا ذلك في باب الزكوة عن جملة من كتب المتأخرين وفي (السرائر) في المقام ان هذا مذهب أصحابنا بلا خلاف بينهم وهو المشهور بين الاصحاب كما في جامع المقاصد والمسالك والكفاية والمخالف أبو المكارم في الغنية فانه قال بعدم وجوب الزكوة على العامل في المساقاة والمزارعة لانها كالاجرة من عمله قال ولا خلاف في ان الاجرة لا تجب فيها الزكوة والمصنف في المختلف قال انه ليس بذلك البعيد من الصواب ولعله أراد ان ذلك محتمل وغير مقطوع ببطلانه اذ لعله يقول ان استحقاقه وتملكه انما يكون بعد بدوّ الصلاح في الثمرة وانعقاد الحب في الغلة وتعلق الزكوة بهما فلا ينبغي التشنيع عليه بما أطال به في السرائر مكرراً له هذا المقنع والمقنعة والمراسم والكافي والنهاية والمهذب وفقه الراوندي والوسيلة ليست صريحة ولا ظاهرة في شيء من ذلك أصلا وان أمكن تجشم ظهور ذلك لمن أراده وليس للمساقاة ذكر في الانتصار هذه كتب أصحابنا التي نفى الخلاف عنهم في السرائر والشهيد في البيان استبعد ان يكون ابن زهرة ممن يذهب الى عدم استحقاق العامل الا بعد بدو الصلاح وما زاد على الاستبعاد نعم يشهد للسرائر عبارتا الخلاف والمبسوط لكنه في الخلاف لم يستدل عليه بالاجماع وانما قال دليلنا انه اذا كانت الثمرة ملكا لهما وجبت الزكوة عليهما فأنى باذا ولو كان اجماعياً ما تركه ولابن زهرة ان يقول لا تكون ملكا لهما الا اذا بدا صلاحها لانها في تلك الحال يصح ان يعامل عليها وتكون اجرة ونحوها على انه في السرائر بعد ما قال انه مذهب أصحابنا بلا خلاف ما استنهض على ذلك الا كلام الخلاف اذ ليس عنده غيره وأما من ادعى الاجماع أو ظهر منه ذلك أو نفى الخلاف فلعله عوّل على الظاهر على صاحب السرائر فانه أطال واكثر المقال وسد باب التتبع وأما أخبار الباب فهي خمسة أخبار ثلاثة منها ليعقوب بن شعيب وفيها فلما بلغت الثمرة فلما ادركت الثمرة بعث عبد الله بن رواحة فقوم عليهم فخرص عليهم فليتأمل في دلالتها وليس هذا منا اختيار لذلك وانما أردنا بيان الحال وقد تقدمت هذه المسئلة في باب الزكوة وقد ذكرنا هناك ما أقشوه به فلا بد من مراجعته

ولو فسد العقد كانت الثمرة للمالك وعليه اجرة العامل (متن)

﴿ قوله ﴾ ﴿ولو فسد العقد كانت الثمرة للمالك وعليه أجرة العامل﴾ كما في المقنعة والنهاية والمبسوط وجامع الشرائع والشرائع والتذكرة والتحرير والارشاد والتبصرة واللمعة وجامع المقاصد والروض والمسالك والروضة ومجمع البرهان والمفاتيح والرياض وكذا الكفاية لأنه قال قالوا وفي التذكرة ان عليه أجرة المثل للعامل وجها واحداً وفي (المسالك) ان الاكثر أطلقوا ذلك وقيده فيه وفي الروضة بما اذا كان العامل جاهلا بالفساد وبما اذا لم يكن الفساد باشتراط جميع الثمرة للمالك وقد قيده بالصورة الاولى في جامع المقاصد لاغير وتبع صاحب المسالك على ذلك في الصورتين الكاشاني وتبعنا صاحب الرياض بل قال شيخنا لاخلاف ولا اشكال في شيء من ذلك وكأنه لم يلحظ مجمع البرهان والكفاية فلانظاهرهما التأمل في ذلك مع انه في مجمع البرهان هو الذي قيد كلامهم في مثل ذلك في باب الاجارة بما اذا كان جاهلا والوجه في كون الثمرة للمالك انها نماء ملكه ولم يحصل مايوجب نقلها عنه وأما وجوب أجرة المثل للعامل فلأنه لم يتبرع بعمله ولم يحصل له العوض المشروط له فيرجع الى الاجرة والوجه في اشتراط جهله انه لو كان عالما لكان متبرعا بالعمل لأنه عمل عمله في مقابلة مايعلم انه لايحصل له وفي اشتراط عدم كون الفساد باشتراط جميع الثمرة للمالك فلدخوله على ان لاشيء له وان كان جاهلا كما قررنا في باب الاجارة وليس لك ان تقول ان ايقاع الصيغة يقتضي أمر المالك له بالعمل فتلزمه الاجرة مطلقا اذ فيه ان أمر المالك له بالعمل ليس مطلقا كما هو المفروض في القاعدة المقررة وانما أمره بعوض مخصوص وهو الجزء من الثمرة مع علم العامل بعدم حصولها بسبب الفساد فكأن كما قالوا مره بالعمل بغير أجرة وهذا لعله مستفاد من تقييد الشهيد قولهم في الاجارة واستيفاء المنفعة أو بعضها مع فساد العقد يوجب اجرة المثل بما اذا لم يكن الفساد باشتراط عدم الاجرة في العقد أوعدم ذكرها فيه لدخول العامل على تلك فاستفادوا منه في باب الاجارة تقييد القاعدة أيضا بما اذا كانا جاهلين فصنعوا هنا كما صنعوا هناك لكنه في المسالك لم يقيد قاعدة الاجارة بما اذا كانا جاهلين وقيد القاعدة هنا بذلك كما عرفت وقد حررنا كلامهم هناك فلا بد من ملاحظته وقد تقدم لنا في باب المزارعة في مثل المسئلة ماله نفع تام في المقام وقد احتمل في المسالك الاكتفاء بالحصة عن الاجرة حيث يستحق الاجرة اذا زادت عن الحصة ووافقه على هذا الاحتمال مولانا المقدس الاردبيلي لقدومه على ان لايكون له سواها في مقابلة عمله حتى لو كانت في مقابلة عشر العمل لكان مسقطا للزائد فيكون متبرعا به كما تبرع به على تقدير اشتراط جميع الثمرة للمالك وعلى تقدير علمه بالفساد (وفيه) ماذكره في المسالك من انه لم يقدم على التبرع بعمله أصلا بل كما يحتمل ان يكون الحصة قاصرة عن مقابلة العمل يحتمل مساواتها له وزيادتها عليه اضعافا فهو قادم على عمل محتمل للزيادة والنقيصة فليس متبرعا به بالكلية وان احتمل قصورها في بعض الاحوال بخلاف العالم وشرط جميع الحصة للمالك فانه في ابتداء الامر قادم على التبرع المحض على أي تقدير قلت لكنه لايتم له فيما اذا عين ثمرة نخلة معينة أو عين أجرة معينة فانه لم يقدم على مايحتمل الزيادة وأورد في الرياض على هذا الاحتمال ان ذلك لو صلح دليلا للاكتفاء بالحصة عن الاجرة الزائدة لصلح دليلا لنفي الاجرة بالمرة حيث لاتحصل فائدة بالكلية لقدومه على ان لاشيء له لو فسدت الثمرة ولم تكن هناك فائدة وكان ينبغي ان يستدل به انتهى وفيه نظر ظاهر

ولو ظهر استحقاق الاصول فعلى المساقي أجرة العامل والثمرة للمالك فان اقتسماها وتلفت فان رجع المالك على الناصب بالجميع رجع الناصب على العامل بحصته والعامل الاجرة عليه (متن)

لقيام الاجماع على ثبوت أجرة له على عمله في غير ما استثني كما هو المفروض فلا يمكن الاستدلال بذلك على ان لا اجر له أصلا وأورد أيضا في الرياض بأن الحصة انما وجبت بحيث لا تجوز الزيادة ولا النقيصة من حيث اشتراطها في العقد اللازم على تقدير الصحة وصار الحكم مبنيا في المسئلة على قاعدة أخرى من كونه عملا موجبا للاجرة وان الداخل فيه انما دخل بذلك ولكن لم يسلم له لظهور فساد المعاملة فلا بد لعمله من أجرة ورضا العامل بتلك الحصة على تقدير صحة المعاملة لامدخل له في مفروض المسئلة لمنافرتهما ورضاه بالاقل ثمة لا يوجب الحكم به هنا الا ان يتجدد رضا آخر منه بذلك والمفروض عدمه والا فلا كلام معه (وفيه) انه اذا عين له العوض كثمرة نخلة معينة وبطلت المساقاة بذلك فلا بد ان يكون له عند المالك أقل الامرين لان الاقل ان كان ما قد عين فلا يعطى غيره لانه كالمتبرع بالنسبة الى ما زاد لانه قد أقدم عليه عالما راضيا به متبرعا بالزائد صح العقد أو فسد وان كانت أجرة المثل اقل فالحكم ظاهر فهذا الاحتمال قوي جدًّا في بعض الصور كما في نظائره لولا اطلاق الاصحاب ولعله لا يتناول ما ذكرنا فليتامل ﴿ قوله ﴾ ﴿ ولو ظهر استحقاق الاصول فعلى المساقي أجرة العامل والثمرة للمالك ﴾ كما في المبسوط والشرائع والتذكرة والتحرير والارشاد وجامع المقاصد والمسالك ومجمع البرهان والمفاتيح لكنه في الارشاد لم يصرح بكون الثمرة للمالك لكنه قطعا اراد ذلك لان مرادهم جميعا ان المساقاة تكون باطلة كما هو صريح الشرائع وغيرها واذا بطلت كانت الثمرة للمالك اذا لم يجز عقد الناصب لانه لا يقصر عقده عن الفضولي بل قد عدوا من الفضولي بيع الناصب والقول بأنه لا يتصور هنا اجازة المالك مع وقوع العمل له بغير عوض فكيف يرضى بدفع الحصة مع ثبوتها له مجانا لا يلتفت اليه لانه مجرد استبعاد واغراض الناس لا تنضبط على انه انما يتم لو كان الظهور بعد تمام العمل وكلامهم فيما هو أعم فيمكن ان تفرض فيما بقي عمل يرضى المالك معه بدفع الحصة في مقابلة الباقي (ووجه) ثبوت الاجرة للعامل على المساقي لا على المالك انه استدعى عمله في مقابلة عوض ولم يسلم له ولم يدخل متبرعا والمالك لم يأمره بل لم يأذن له ويحتمل ان يكون له اقل الامرين كما تقدم فيما سلف وفرق واضح بين هلاك الثمرة أو غصبها أو سرقتها حيث يكون العقد صحيحا حيث لا تثبت للعامل أجرة لان العامل حينئذ لا يستحق الا الحصة وقد فاتت وبين ظهور استحقاق الثمرة فتثبت له الاجرة لان الاستحقاق يوجب الرجوع الى الاجرة كما عرفت (ووجه) كون الثمرة للمستحق انها نماء ملكه ولم تنتقل عنه بوجه وفي قولهم ولو ظهر استحقاق الاصول ولو بانت الثمرة مستحقة ونحو ذلك اشارة الى ان العامل كان جاهلا بالاستحقاق فلا حاجة الى تقييد كلامهم بذلك مع فرضهم المسئلة كذلك ويأتي بيان حاله اذا كان عالما ﴿ قوله ﴾ ﴿ فان اقتسماها وتلفت فان رجع المالك على الناصب بالجميع رجع الناصب على العامل بحصته والعامل الاجرة عليه ﴾ اذا كانت الثمرة باقية فلا كلام كما في المبسوط وغيره في انه يأخذها وان كانت تالفة وقد تلفت كل حصة في يد المستولي عليها فقد اختار المصنف هنا وفي التذكرة والشيخ في المبسوط والمحقق في الشرائع والمحقق الثاني والشهيد الثاني وكذا المولى الاردبيلي ان للمالك الرجوع على الناصب بالجميع وان الناصب يرجع على العامل

ولو رجع على العامل بالجميع فللعامل الرجوع بما وصل الى الناصب والاجرة ولو رجع على كل منهما بما صار اليه جاز ولو كان العامل عالما فلا اجرة له (متن)

بحصته وان للعامل الاجرة على المالك وقد وافق على ذلك كله في التحرير الا أنه قال في رجوع الناصب حينئذ على العامل بما اتلف نظر وظاهر الارشاد ان ليس للمالك الرجوع على أحد منهما الا بحصته قال فيرجع المالك على كل منهما بنصيبه ووافقه صاحب الروض (ووجه) مافي الكتاب وما وافقه ان الناصب ضامن لجميع الثمرة بوضع يده عليها فاذا رجع عليه بالجميع كان للناصب الرجوع على العامل بنصف الثمرة لانه استهلكه ولم يكن مالكه لفساد العقد وقد أخذ المالك عوضه من الناصب فكان حقا له لخروجه عن ملك المالك باخذ عوضه من الناصب وللعامل على المالك الاجرة وهو واضح ومحل وفاق من الجماعة الذين تعرضوا لذلك ولعل نظر التحرير الى ان الحال في ذلك كالحال فيما اذا أطعم المالك ماله المغصوب منه أو الى ان الناصب يدعي أنه مالك فليس له الرجوع على العامل لان ذلك يقضي بان العامل أخذ الحصة بحق والمالك ظالمه باخذ العوض منه فلا يرجع على غير ظالمه لكن ذلك يقضي بالجزم بذلك دون التأمل والنظر والمفروض في كلامهم على الظاهر انه لم يصرح الناصب بانه مالك لكنه خلاف الظاهر و ينبغي ايضا تقييد رجوع العامل باجرة المثل بما اذا لم يصرح العامل بان المالك للمساقي فانه يؤاخذ باقراره لان المدعي حينئذ بزعمه مبطل والبينة غير صادقة اذا أصر على ذلك لاان كان تصريحه بناء على الظاهر ولعل وجه مافي الارشاد الى ان كلا منهما لم يستول على جميع الثمرة كما ستسمع ﴿ قوله ﴾ ﴿ ولو رجع على العامل بالجميع فللعامل الرجوع بما وصل الى الناصب والاجرة ﴾ قضية ان للمالك الرجوع على العامل بالجميع كما هو صريح التذكرة والتحرير والمختلف وجامع المقاصد والمسالك وكذا مجمع البرهان وقد حكاه في الشرائع قولا ولم نجده لاحد منا قبل المصنف وانما هو أحد قولي الشافعية وفي (المبسوط والشرائع) انه يرجع عليه بنصف الثمرة وهو الذي هلك لانه ما قبض الثمرة كلها وانما كان مراعيا لها حافظا لها نائبا عن الناصب فلا ضمان عليه وقد سمعت ما في الارشاد وعلى هذا لو تلفت الثمرة باسرها بغير فعله قبل القسمة أو غصبت لم يضمن لان يده لم تثبت عليه (وحجة الكتاب) وما وافقه ان يد العامل قد ثبتت على جميع الثمرة وان كانت بالنيابة واستدامة يد المساقي لا ترفع يده فاستحق المالك الرجوع عليه بالجميع فاذا أغرمه لم يكن له الرجوع على الناصب الا بما وصل اليه لانه الذي استقر تلفه بيده وله عليه الاجرة لفوات الحصة بفساد العقد كما عرفت لكنه قال في التحرير ان العامل يرجع باجرة المثل (مثل ظ) نصيبه ويحتمل بنصيبه على اشكال وقد عرفت وجهه وعلى هذا لو تلف الجميع بغير فعله كان ضامنا ﴿ قوله ﴾ ﴿ ولو رجع على كل منهما بما صار اليه جاز ﴾ كما في التذكرة والتحرير وجامع المقاصد وكذا المبسوط لان قرار ضمان ذلك على من تلفت في يده فله الرجوع به من أول الامر ولو تلف الجميع في يد العامل فضمان حصته عليه وأما حصة الناصب فان يده عليه يد امانة بزعم الناصب لانه أمينه فاذا ظهر كونه ضامنا رجع على الناصب لغروره كما تقدم في النصب ولو تلف الجميع في يد الناصب نظرت يده هل كانت على حصة العامل يد امانة أم يد ضمان فيترتب على كل منهما مقتضاه ﴿ قوله ﴾ ﴿ ولو كان العامل عالما فلا أجرة ﴾ كما هو قضية كلامهم كما عرفت وهو صريح التذكرة وجامع المقاصد والروض والمسالك ومجمع

ولو هرب العامل فان تبرع بالعمل عنه أحد او بذل الحاكم الاجرة من بيت المال فلا خيار والا فللمالك الفسخ (متن)

البرهان والمفاتيح لانه متبرع بعمله ولو رجع المالك عليه بالجميع لم يرجع بحصته بل بحصة الغاصب خاصة فلا يتفاوت الحكم مع العلم وعدمه باعتبار ما سبق الا في الاجرة فلا يرجع بها ﴿ قوله ﴾ (ولو هرب العامل فان تبرع بالعمل عنه أحد أو بذل الحاكم الاجرة من بيت المال فلا خيار والا فللمالك الفسخ) قد اتفقت كلمتهم على ان المساقاة لا تبطل بهرب العامل لان كلامهم ما بين صريح في ذلك وظاهر فيه كالصريح فما صرح فيه بذلك المبسوط والشرائع والتذكرة والمسالك ومجمع البرهان وغيرها ومما ظاهره ذلك الكتاب وما كان على نحوه عملا بالاستصحاب كالاجارة والبيع وانه لا يملك فسخها بقوله ولا امتناعه من العمل مع حضوره بل للمالك أن يطلبه ويجبره فكيف تنفسخ بنفسها مع هربه واتفقت كلمتهم أيضا على انه ليس للمالك فسخها بمجرد هربه وانما يثبت له ذلك اذا كان هربه قبل ظهور الثمرة ولم يوجد متبرع بالعمل أو المؤنة والحال أن لا حاكم حتى يرجع اليه حتى يطلبه أو يجبره أو يأخذ من ماله أو يستأجر من بيت المال ولو قرضا عليه أو يستقرض عليه من غيره أو يستأجر باجرة مؤجلة الى وقت ادراك الثمرة أو كان حاكم ولكن لا يجد من يعمل أو كانت يده غير مبسوطة أو تعذر اثبات الحق عنده على اختلاف كلامهم في هذه الشروط لكن هذا هو خلاصة ما في التذكرة وجامع المقاصد والمسالك وستسمع ما في غيرها والمخالف في ما نحن فيه المصنف في التحرير والمقدس الاردبيلي فقد قال في الاول اذا هرب العامل فللمالك الفسخ والبقاء فيعمل الحاكم من ماله ان لم يتبرع بالعمل أحد فان لم يجد فمن بيت المال قرضا فان لم يجد استأجر من يعمل بأجرة يؤخره الى الادراك فان تعذر استأذن الحاكم وانفق الى آخره (ثم قال) ايضا وهل للمالك الفسخ مع وجود المتبرع بالعمل فيه نظر انتهى فقد أثبت له الفسخ أولا من اول الامر ثم تأمل في ذلك مع وجود المتبرع فيكون حرمه أولا بالنسبة الى تكليفه رفع أمره الى الحاكم وما يلزمه وقال في الثاني أنه يمكن أن يقال اذا كان العقد يقتضي كون العمل من العامل لا غير أو بحيث لا يوجد المشترط من غيره ينبغي جواز الفسخ من المالك للزوم الحرج والضرر لو لم نجوز له ذلك وان وجد متبرع وحاكم يعين غيره ليعمل بدله بل مع الاطلاق والاتيان بالعمل المشترط أيضا خصوصا مع عدم الباذل وتعذر الحاكم بل مع الاحتياج الى اعلامه لان ذلك تكليف منفي بالاصل ولان حقه ثابت في ذمته فله أن لا يقبل من غيره ولا يجب عليه تحصيله من غيره وان أمكنه ولان الحصة له بشرط العمل واذا ابى عنه أسقط هو حقه كما قالوه في المتبايعين من أن لاحدهما الامتناع من تسليم حق الآخر على تقدير امتناع الآخر وكذلك الحال في الاجارة ولان شرط العمل ليس بأقل من الشروط في العقود كلها فانهم صرحوا بان فائدة الشرط فيها على تقدير عدم اتيان من شرط عليه به جواز الفسخ للآخر ولانهم جوزوا للبائع الخيار بعد الثلاثة قبل قبض المبيع وان جاء بعدها بالثمن ثم ان ما ذكروه من الشروط للفسخ والقيود فيما نحن فيه يجري في أكثر العقود مع انهم ما ذكروا مثل ذلك وقضية ذلك انه يجوز الفسخ في البيع والاجارة وغيرهما من العقود التي تقبل الشروط على تقدير امتناع أحدهما فلو امتنع المشتري مثلا عن بذل الثمن جاز للبائع الفسخ كما جاز مثل ذلك في الشرط انتهى ما أردنا نقله من كلامه بلفظه أو معناه (ونحن نقول) أما كلامه الاول فسلم أعني حيث يكون قد اشترط على

ولو عمل المالك بنفسه او استأجر عليه فهو متبرع والعامل الحصة اذ ليس له ان يحكم لنفسه
ولو اذن له الحاكم رجع باجرة مثله او بما اداه ان قصر عن الاجرة (متن)

العامل بنفسه أو حيث لا يوجد المشترط من غيره وأما ما بعده فنظر الاصحاب فيهفي الباب وغيره من العقود الى انه لخا ثبت ملك المالك للمبيع أو الثمن أو الاجرة أو المنفعة أو الحصة مثلا بالدليل القاطع كيف يجوز تسلطه عنه وفسخ العقد الذي ملكه من دون دليل قاطع لحكم الدليل الاول و يقولون ان الشروط قد خرجت بدليل خاص من اجماع وغيره (وما عساه يتوهم) من ان جواز ذلكفي الشروط يقضي بالجواز هنا بطريق أولى(فممنوع) لان عمل العامل كالمبيع وثمنه وليس كالشرط في العقد الذي قضى بتزلزل العقد من أول الامر وعدم استقراره بخلاف الركن في العقدالذي وقع العقد عليه مستقرا وليس كالتسليم في التسليم لان هذا لا يقضي بزوال الملك الثابت وأما قالوا له ان يمتنع كل منهما من التسليم حتى يتسلم لعدم الترجيح مع اتفاق الكلمة فيما نحن فيه عدا كلام التحرير وقد يمكن تأويله وتنزيله فليلحظ ذلك كله وليتأمل فيه وقد جعل المصنف هنا والمحقق في الشرائع للمالك الفسخ ان لم يوجد متبرع ولم يبذل الحاكم وهو معنى قوله في الارشاد ولو هرب ولا باذل جاز له الفسخ وهو محتاج الى التقييد بما ستسمع (وقال في المبسوط) انه اذا هرب رفع المالك أمره الى الحاكم واثبت العقد عنده فان وجده أجبره وان لم يجده أنفق من ماله ان وجد له مال والا انفق من بيت المال فان لم يكن في بيت المال مال أو كان لكن كان هناك ما هو أهم استقرض عليه فان لم يجد من يقرضه قال لرب المال تطوع أنت بالانفاق فان لم يتطوع قال اقرضه فان لم يفعل وكانت الثمرة غير ظاهرة كان له الفسخ ولم يذكر ما اذا تبرع عليه متبرع غير المالك وقضية كلامه انه ينفق من بيت المال ان كان فيه سعة لا على سبيل القرض وفي (جامع الشرائع) أنه اذا هرب أخذ الحاكم من ماله فان لم يكن له مال وتطوع عنه بالعمل جاز والا فللحاكم أن يأذن في اقتراضه فان لم يفعل ولم تكن الثمرة ظاهرة جاز له الفسخ وقد سمعت في أول الكلام في المسئلة حاصل ما في التذكرة وجامع المقاصد والمسالك وهو الموافق لاصول المذهب بل هو المراد من كلام المبسوط بل ومن الجامع وان ترك فيهما ما ترك مما قد سمعت لانه يستفاد مما ذكر فليتأمل والمحتاج الى التحرير كلام التحرير في أوله وآخره وأما ما ذكره من القيود مع اختيار المالك البقاء وعدم الفسخ فهو في محله والجماعة يقولون به وقد سمعت كلامه ايضا ﴿قوله﴾ ﴿ولو عمل المالك بنفسه أو استأجر عليه فهو متبرع والعامل الحصة اذ ليس له أن يحكم لنفسه﴾ هذا اذا كان قادرا على الحاكم وان نوى الرجوع اذ لا عبرة بنيته لان حاله حينئذ كما اذا عمل واستأجر مع حضور المالك وليس له أن يحكم لنفسه وان كان حاكما كما هو قضية كلامهم ولعله لمكان التهمة و يكونه متبرعا اذا أنفق من ماله وكان قادرا على الحاكم أو عمل في نصيب العامل كذلك صرح في التذكرة (وقال في التحرير) ولو عمل المالك بنفسه كان تبرعا ولا بد من تقييده بما ذكرنا وفي (جامع الشرائع) فان لم يكن حاكم وانفق هو لم يرجع لتبرعه فليتأمل ﴿ قوله ﴾ ﴿ولو أذن له الحاكم في العمل رجع باجرة مثله أو بما أداه ان قصر عن الاجرة﴾ أي لو أذن له الحاكم في العمل او الاستئجار عليه ليرجع صح فاذا عمل أو استأجر رجع باجرة مثل ذلك العمل أو بما أداه ان قصر عن الاجرة فان زاد لم يرجع بالزائد لوجوب مراعاة الغبطة له والوجه في الحكمين ظاهر وان لم يصرح به في كلام الجماعة لكنه قد يفهم من كلام المبسوط والشرائع

ولو تعذر الحاكم كان له ان يشهد انه يستأجر عليه ويرجع حينئذ ولو لم يشهد لم يرجع وان نوى على اشكال (متن)

والارشاد مع امعان النظر (وليعلم) ان عدم رجوعه بالزائد انما هو اذا أمكن بدونه وأما اذا تعذر الاستئجار الا بزيادة عن أجرة المثل فانه يرجع بالجميع لان ذلك هو الاجرة لان المرجع فيها الى الزمان والمكان فتى لم يوجد باذل الا بالزائد كان هو العوض والاجرة والى الحكم الثاني في العبارة أشار في التذكرة بقوله يجوز أن يولي الحاكم المالك الانفاق عن العامل ويأمره به ليرجع كما يجوز أن يولي غيره وحكى عن بعض الشافعية المنع لانه متهم في حق نفسه ولعله لذلك جعل في التحرير استئذان الحاكم بعد ان تعذر على الحاكم الاستئجار قال فان تعذر استأذن الحاكم وانفق ثم عد الى العبارة فان مفهوم قوله ان قصر غير مراد بطرفيه بل المراد نفي ما اذا زاد لاما اذا ساوى لظهوره ووضوحه مع تقدم قوله رجع باجرة مثله وقد ارتكب فى جامع المقاصد في ذلك شططا ان لم نقل غلطا ﴿ قوله ﴾ ﴿ ولو تعذر كان له ان يشهد أنه يستأجر عنه ويرجع ﴾ يريد أنه لو تعذر الحاكم ليستأذنه في العمل والانفاق كما هو حاصل كلام التذكرة وجامع المقاصد وحاصل كلام المبسوط ترتيب ذلك على ما اذا لم يكن هناك قاض ليأمره بالبيع والشراء ونحوه ما في الجامع ورتبه في الشرائع على ما اذا لم يفسخ وتعذر الحاكم وفي (التحرير والارشاد) على ما اذا تعذر الاستئذان في الاستئجار الى غير ذلك من عدم التمام كلتهم في ذلك والكل صحيح والمراد بتعذره حصول المشقة الكثيرة في الوصول اليه أوعدم امكان اثبات الحق عنده أو نحو ذلك كما هو الظاهر وبه صرح جماعة (وكيف كان) فالمصنف قال هنا كان له أن يشهد كالمحقق في الشرائع وقضيته أنه له أن يفسخ من دون اشهاد وهوظاهر الارشادوظاهر التحرير وغيره أنه يجب عليه الاشهاد حيث قال اشهد في الانفاق وقضيته انه لافسخ له حينئذ وقضية كلام المصنف هنا وفي التحرير و لارشاد وكلام المحقق الثاني والشهيد الثاني والمقدس الاردبيلي أنه اذا اشهد رجع وان لم يشترط الرجوع وصريح المبسوط والتذكرة وظاهر الجامع أنه اذا أشهد ولم يشترط الرجوع لم يرجع واختار في التذكرة الرجوع مع اشتراط الرجوع ولا ترجيح في ذلك في المبسوط والجامع وتردد في الشرائع في الرجوع مع الاشهاد ويمكن تقييد كلام المصنف وغيره بما اذا تمكن من الاشهاد كما ستسمع ووجه ما في الكتاب وماوافقه أنه لولا أن يكون له ذلك لزم الضرر وهو منفي بالآية والخبر والوجه في تردد المحقق مما ذكر ومن ان الاصل ان لايتسلط على مال الغير وثبوت شيء في ذمة بغير أمره أومن يقوم مقامه ولعلهم يقولون ان الضرر يندفع بالفسخ وفيه انه قد يكون فيه أعظم ضرر وتدبر وكيف كان فالاولى الرجوع كما تقدم في نظائره من الانفاق على الرهن والوديعة والعارية بل في جامع المقاصد ان الرجوع مع الاشهاد موضع وفاق ﴿ قوله ﴾ ﴿ ولو لم يشهد لم يرجع وان نوى على اشكال ﴾ قد صرح في المبسوط والتذكرة في أول كلامه بانه اذا انفق ولم يشهد لم يرجع وهو قضية كلام الباقين من غير خلاف ولا تأمل الا ممن ستعرف بل في كلامهم ما يزيد على ذلك كما عرفت من أن بعضهم تردد من الاشهاد و بعضهم من اشترط مع اشتراط الرجوع وقضية كلامهم انه لافرق في ذلك بين ان يتمكن من الاشهاد أولم يتمكن ووجهه ان الاصل عدم التسلط على شغل ذمة الغير بحق يطالب به فيقتصر فيه على موضع الوفاق كما في جامع المقاصد وهذا هو الاجماع الذي حكيناه عنه آنفا ووجه في الايضاح

ولو فسخ فعليه أجرة مثل عمله قبل الهرب وله مع التبرع الفسخ مع التعيين ولو عمل الاجنبي قبل ان يشعر به المالك سلم للعامل غير المعين الحصة وكان الاجنبي متبرعا عليه لا على المالك (متن)

فان الشارع أمر بالاشهاد ولم يحصل ولم نجد به أمراً الا أن يكون استنهض عليه الاجماع واما القول بانه يرجع مع تعذر الاشهاد لامع امكانه والقول بانه يرجع (مع ظ) نيته الرجوع مطلقا اشهد ام لم يشهد فانهما من وجوه الشافعية والذي رجحه جمهورهم كما في التذكرة انه اذا لم يشهد لم يرجع من غير فرق بين الامكان وعدم الامكان لان عدم امكان الشهود نادر لا يعتبر والمصنف هنا استشكل والذي اختاره المحقق الثاني والشهيد الثاني انه يرجع اذا نوى الرجوع (وقال في التذكرة) أيضاً أنه لو تعذر الاشهاد نوى الرجوع ورجع وقال أن الاقرب قبول قوله مع اليمين ووجه مافي جامع المقاصد والمسالك ان الشاهدين لاولاية لهما على العامل وفائدة الاشهاد هو التمكن من استحقاق الرجوع والمقتضي للرجوع هو عدم التبرع بقصد التطوع والاصل يقتضي انتفاء اشتراط ذلك (وقال في الايضاح) التحقيق ان الاشهاد هل هو شرط في الرجوع بنفسه كاذن الحاكم مع وجوده وامكانه أو أن السبب هو النية وقت الانفاق فيقبل قوله لا بعده والاشهاد لاثباتها واظهارها خاصة وكلام الاصحاب محتمل لهما وكذا الروايات فعلى الاول لا رجوع وعلى الثاني يرجع وهو الاصح انتهى قلت ظاهر كلام الاصحاب أنه شرط لما عرفت وما ندري اي الروايات أراد اذ لا دلالة في روايات الباب فان كان قد عنى بها قولهم عليهم السلام الاعمال بالنيات ولكل امرء مانوى فمع أنها مسوقة لغير ذلك ليست محتملة كما أراد فليتأمل ولعل الوجه فيما قربه في التذكرة ان ذلك لا يعلم الا من قبله وان الاصل أن الانسان لا يتبرع بعمل عن الغير يحصل عليه فيه غرامة والوجه فيما اختاره فيها عند تعذر الاشهاد لزوم الضرر (وفيه) أن القائلين بعدم الرجوع الا مع الاشهاد يلزمهم أن يقولوا انه اذا تعذر الاشهاد أنه يتسلط على الفسخ و يكون له العمل بمقتضى ذلك فيما بينه وبين الله عز وجل فاذا جاء العامل وادعى عليه الحصة والتبرع حلف على انكار المقدور يا و نحو ذلك ﴿ قوله ﴾ ﴿ ولو فسخ فعليه أجرة مثل عمله قبل الهرب ﴾ كما في التذكرة والتحرير وجامع المقاصد والمسالك والمراد أنه هرب قبل ظهور الثمرة وفسخ حيث يصح له الفسخ لانه عمل محترم صدر بالاذن في مقابلة عوض وقد فات بالفسخ فتجب قيمته لتعذر رده ولا توزع الثمرة على أجرة مثل جميع العمل لان الثمرة ليست معلومة عند العقد حتى يقتضي العقد فيها التوزيع ولك ان تقول أنه ما اذن له بذلك وانما اذن له به في ضمن تمام العمل ثم ان الاذن الضمني ليس كالاصل على انه بهربه اعرض عنه ولعله لذلك تركه الاكثر فتدبر ﴿ قوله ﴾ ﴿ وله مع التبرع الفسخ مع التعيين ﴾ كما في التحرير وجامع المقاصد والوجه في الامرين واضح اما عدم الانفساخ بمجرد الهرب فلا مكان عود العامل بخلاف الموت فانها تنفسخ به معه واما ان له الفسخ اذا كان العامل معينا فلتعذر العمل الحال من العامل الشخصي ففات بعض العوض ﴿ قوله ﴾ ﴿ ولو عمل الاجنبي قبل أن يشعر به المالك سلم للعامل غير المعين الحصة وكان الاجنبي متبرعا عليه ﴾ كما في التحرير وجامع المقاصد لان العمل الواجب في ذمة العامل قد حصل والمفروض أنه لم يشترط حصوله من العامل بخصوصه ولا فرق في ذلك بين أن يقصد الاجنبي التبرع على العامل أم على المالك لان العمل ثابت في ذمة العامل فلا يتصور التبرع به على غير من هو عليه ولا أثر للقصد (وقال في جامع المقاصد) لاحاجة الى التقييد بقوله

والعامل أمين فيقبل قوله في التلف وعدم الخيانة وعدم التفريط مع اليمين (متن)

قبل أن يشعر به المالك فهو مستدرك بل مضر لانه مع وجود المتبرع وعدم التعيين لا يجوز للمالك الفسخ ويجب عليه تسليم الحصة للعامل علم المالك أولم يعلم انتهى (قلت) قد حكى في التذكرة عن بعض الشافعية أنه قال لم يلزم المالك الاجابة لانه قد لا يأتمنه ولا يرضى بدخوله ملكه نعم لو عمل بالنيابة عن العامل من غير شعور المالك حتى حصلت الثمار سلم للعامل نصيبه منها وكان الاجنبي متبرعا عليه ثم قال في رده الوجه أنه ليس للمالك الفسخ مع وجود المتبرع لانه بمنزلة ما لو وجد للعامل مال يستأجر منه في العمل أووجد من يقرض حتى لا يجوز للمالك الفسخ هنا كما لا يجوز له هناك فلعل ماذكره هنا للخروج من خلاف هذا البعض والوجه في التقيد بغير المعين ظاهر لان المعين اذا تمادى هربه الى ان انقضت المدة انفسخ العقد ووقع عمل التبرع للمالك وقد ذكر في التذكرة ان مرض العامل وحبسه كهربه وفي (جامع المقاصد) أنه لو كان مرضه مأيوسا من برءه فليس ببعيد الحاقه بموته مع احتمال العدم لان العادة قد تتخلف ولم يذكر المصنف ماذا كان هربه بعد ظهور الثمرة وحكمه انه يباع منها مقدار مايفي بالعمل ولو لم يوجد راغب أولم يف البعض بيع الجميع وحفظ مابقي للعامل اذا بقي له شيء وفي (المسالك) انه اذا لم يمكن بيعها ولا بعضها كان له الفسخ وفيه تأمل بل يرفع امره الى الحاكم ليستأجر باجرة مؤجلة الى ادراك الثمرة أونحو ذلك من الاستقراض من بيت المال أو غيره فان لم يمكن ذلك يبعث على المالك فان أبى قلنا له انصرف فلا حكم لك عندنا وفي (المبسوط ما حاصله) انه اذا هرب بعد ظهورها خيرنا المالك بين البيع والشراء فان اختار البيع وكان بعد بدو الصلاح بيعت لهما وان كان قبل بدو الصلاح فلا تباع الاعلى شرط القطع وان قال لا أبيع ولكني اشتري بيعت عليه وان قال لا أبيع ولا اشترى قيل له انصرف فما بقي لك حكم عندنا ولعل مراده ذلك بعد عدم امكان ماذكرنا ونحو مافي المبسوط ما حكاه في التذكرة عن الشافعيه ساكتا عليه وفي (جامع الشرائع) وان كانت ظاهرة واختار شراءها جاز وينفق من حصة العامل مايجب عليه انتهى ﴿ قوله ﴾ ﴿ والعامل أمين فيقبل قوله في التلف وعدم الخيانة وعدم التفريط مع اليمين ﴾ كما في المسالك في التفريع والحكم في الثلاثة وقد جزم في التذكرة أولا والتحرير بانه يقبل قوله في التلف وعدم الخيانة وجزم في الارشاد والروض ومجمع البرهان بأنه يقبل قوله في عدم الخيانة وعدم التفريط وفي (اللمعة والروضة) بانه يقبل قوله في التلف (وقال في التذكرة) أيضا ان ادعى عليه المالك خيانة أو سرقة أو أتلف او فرط لم تسمع دعواه حتى يحررها وهو موافق لقوله في المبسوط اذا ادعى انه خان أو سرق لم تسمع هذه الدعوى لانها مجهوله فاذا حررها وذكر قيمة ذلك صحت الدعوى وهذا مبني على ان الدعوى المجهولة لا تسمع والاجود سماعها كما فصلناه في باب القضاء وهذه قاعدة بابها اليق فلا معنى لتخصيص البحث فيها بهذه الدعوى وفي (الكافي) ان الشريك المأذون له في التصرف مؤتمن (على ظ) مال الشركة لا تجوز تهمته والقول قوله الا أن يرتاب شريكه فيحلف على قوله وهو وان كان في غير مانحن فيه لكنه نافع فيه (وكيف كان) فالوجه في قبوله في الثلاثة أنه منكر وأمين نائب عن المالك في حفظ حصته كالعامل القراض (وقال في جامع المقاصد) أن تفريع قبول قوله في الثلاثة على كونه امينا غير ظاهر فان الغاصب يقبل قوله في التلف بيمينه وكذا في عدم الخيانة لانكاره اياها وكذا القول بعدم

ولو ثبتت الخيانة فالاقرب ان يده لا ترفع عن حصته وللمالك رفع يده عن نصيبه فان ضم اليه المالك حافظا فاجرته على المالك ولو لم يمكن حفظه مع الحافظ فالاقرب رفع يده عن الثمرة والزامه باجرة عامل ولو ضعف الامين عن العمل ضم غيره اليه ولو عجز بالكلية اقيم مقامه من يعمل عمله والاجرة في الموضعين عليه (متن)

التفريط بالنسبة اليه لانكاره اياه وان كان ترتب دعوى الضمان عليه لتفريطه متفرعا على كونه أمينا اما تقديم قوله فلا (ونحن نقول) ان التفريط في محله كما أشار اليه في التذكرة والمسالك فيقبل قوله في الثلاثة لانه أمين وما عليه الا اليمين ولانه منكر أيضا وقبول قول الناصب جاء من مقدمة اخرى وهو لزوم تخليده الحبس وغير ذلك كما تقدم ذلك في بابه ﴿ قوله ﴾ (ولو ثبتت الخيانة فالاقرب ان يده لا ترفع عن حصته وللمالك رفع يده عن نصيبه فان ضم اليه المالك حافظا فاجرته على المالك) كما اختير ذلك كله في الشرائع والتذكرة والتحرير وجامع المقاصد والمسالك وكذا الايضاح لانه انما صرح بالاول لكنه يلزمه الباقي (وقال في المبسوط) قيل يكتري من يكون معه لحفظ الثمرة منه وقيل ينتزع من يده ويكتري من يقوم مقامه ولم يرجح والوجه في عدم رفع يده ان الناس مسلطون على أموالهم والخيانة انما توجب رفع يده عن مال غيره لا عن مال نفسه ووجه الرفع ان اثبات يده على حصته يستدعي اثباتها على حصة المالك وهو كما ترى اذ يمكن رفع ذلك بضم المالك أمينا من جهته مع ما فيه من ترجيح أحد الحقين بلا مرجح وقد استدل عليه في الايضاح بعموم النص ولم نعرفه والوجه في ان اجرة النائب على المالك خاصة ظاهر لانه قائم مقامه في حفظ ماله وعمله لمصلحة وجعلها المزني على العامل وقد نزل اكثر الشافعية القولين اللذين حكاهما في المبسوط على حالين وهما ان أمكن حفظه بضم مشرف فالاول وان لم يمكن ازيلت يده واستؤجر عليه والمراد أنه ثبتت خيانته في مال المالك كما هو صريح التذكرة وهو قضية القواعد لان دعوى ثبوت خيانته في الجملة لا تسمع الا أن يدعي المالك حقا ﴿ قوله ﴾ (ولو لم يمكن حفظه مع الحافظ فالاقرب رفع يده عن الثمرة والزامه باجرة عامل) قد خالف في الامرين في التذكرة وظاهر الايضاح التوقف كما هو صريح المحقق الثاني ووجه القرب في الامرين انه يجب عليه العمل ويجب عليه حفظ مال المالك كما في ظاهر الايضاح وان شئت قلت للمالك أن يحفظ ماله قطعا ولا يتم ذلك الا برفع يده كما في جامع المقاصد فيقال له اذا لم يمكن الحفظ الواجب عليك من خيانتك فاقم غيرك يعمل بدلك وارفع يدك ولا يلزم المالك أن يأتمنك وقد تعذر العمل الواجب عليك فوجب عليك أن تستأجر من يقوم به كما حكاه في التذكره ووجه التوقف والعدم في الاول ان الحق الثابت لشخص اذا كان لا يتم الا باسقاط حق شخص آخر وازالة يده عن ماله فلا دليل على سقوط ذلك الحق واستحقاق ازالة يده على ان قضية المساقاة وجوب العمل لا الاستئجار وفي الثاني ان تعذر العمل منه غير واضح لان مجرد الخيانة غير كاف في ثبوت تعذر العمل اذ لو جوزنا رفع يده عن الجميع بسبب الخيانة امكن ان يقال ان التعذر بسبب المالك فلا يجب على العامل شيء آخر واحتمل في الايضاح تسلط المالك على فسخ المساقاة ان لم ينب عنه أحد في العمل تبرعا أو باجرة مع عدم تعيينه ومطلقا مع تعيينه لتعذر العمل حينئذ ﴿ قوله ﴾ (ولو ضعف الامين عن العمل ضم غيره اليه ولو عجز بالكلية اقيم مقامه من يعمل عمله والاجرة في الموضعين عليه)

ولو اختلفا في قدر حصة العامل قدم قول المالك مع اليمين وكذا لو اختلفا فيما تناولته المساقاة من الشجر ولو كان مع كل منهما بينة قدم بينة الخارج (متن)

كما في التحرير وجامع المقاصد والمراد بالامين الاجير حيث يكون أمينا وغير معين للعمل و بالموضعين ما اذا ضعف وما اذا عجز والوجه في الضم والاقامة واضح لتوقف العمل عليه وفي كون الاجرة عليه فيهما ان العمل الواجب عليه قد تعذر من قبله لضعفه أو لعجزه فيجب عليه أن يستأجر من يختاره هو لان كان مخيراً في جهات قضائه فم ان أبى استأجر عليه الحاكم أو أجبره عليه واما اذا كان معينا فللمالك الفسخ فان اختار البقاء وانقضت المدة ولم يعمل انفسخت المساقاة بنفسها ﴿ قوله ﴾ ﴿ ولو اختلفا في قدر حصة العامل قدم قول المالك مع اليمين ﴾ عند علمائنا كما في التذكرة وهو مذهب الاصحاب كما في جامع المقاصد وفي (التذكرة) أيضا ان القول قول المالك عندنا سواء كان قبل ظهور الثمرة أو بعدها وهو الذي استقر عليه رأيه في المبسوط و به جزم في الخلاف والغنية والسرائر والتذكرة والتحرير والمختلف وغيرها لان الاصل كله للمالك فالعامل يدعي تلك الزيادة والمالك ينكر ذلك فيكون القول قوله مع يمينه مع عدم البينة (وقال الشيخ في المبسوط) في أول كلامه أنهما يتحالفان وفي (جامع المقاصد) ان له وجها لان اصالة استحقاق المالك الجميع انقطعت بعقد المساقاة المتفق عليه اذ ليس وقوعه على وجه دون وجه بأصل وكل واحد منكر لما يدعيه الآخر ولان العامل منكر لاستحقاق عمله في مقابلة الاقل من الحصة (قلت) فيه ان الاصل عدم خروج المال عن مالكه الا بقوله وهو أصل اصيل دل عليه الخبر كما مر فيكون وقوع العقد على وجه دون وجه أصلا وقد تقدم في باب الجعالة والاجارة ماله نفع في المقام ﴿ قوله ﴾ ﴿ وكذا لو اختلف فيما تناولته المساقاة من الشجر ﴾ فانه يقدم قول المالك مع يمينه عندنا كما في التذكرة وبه صرح في التحرير وجامع المقاصد ووجهه يظهر مما مر ﴿ قوله ﴾ ﴿ ولو كان مع كل منهما بينة قدم بينة الخارج ﴾ أي العامل عندنا كما في التذكرة وبه صرّح في الخلاف والغنية والشرائع والتحرير والمختلف وجامع المقاصد (وقال في المبسوط) وان كان مع كل واحد منهما بينة تعارضتا ورجعنا على مذهبنا الى القرعة وعند المخالف تسقطان ومنهم من قال تستعملان وكيف تستعملان فيه ثلاثة أقوال (أحدها) الوقف (والثاني) يقرع (والثالث) يقسم ولا وقف هنا ولا قسمة لانه عقد فليس فيه الا القرعة وهل يحلف من خرج اسمه الصحيح أنه لا يحلف والاحوط أنه يحلف وقد أنكر عليه في السرائر وجود التعارض وقد بينا في باب المزارعة وجود التعارض عند الشيخ لان كلا منهما داخل وذويد عنده لان النماء تابع للعمل والاصل وقضية التعارض كذلك القسمة والا لم تمكن التجأنا الى القرعة ولو كان احدهما داخلا والآخر خارجا عنده لقال بتقديم بينة الداخل على مختاره وقد أسبغنا الكلام في ذلك في باب المزارعة فلابد من مراجعته ولم يذكر المصنف ما اذا اقام احدهما البينة دون الآخر وقضية المعروف بينهم ان المالك اذا اقامها لا تقبل لانه منكر لكن سيأتي للمصنف فيما اذا كان العامل اثنين وشهد أحدهما على صاحبه للمالك أنه تقبل شهادته وقضيته ان البينة تسمع من طرف المالك وبه صرح في المبسوط والتحرير والتذكرة بل في الاخير أنه لو أقام احدهما بينة حكم بها اجماعا فيكون الاجماع مخرجا للمسئلة عن القاعدة لكن المصرح بذلك قبله الشيخ في المبسوط فقط وظاهر الغنية والسرائر انكار ذلك بل قد يكون ذلك صريحهما ﴿ قوله ﴾ ﴿ ولو

ولو صدقه أحد المالكين خاصة أخذ من نصيبه ما ادعاه وقبلت شهادته على المنكر ولو كان العامل اثنين والمالك واحدا فشهد أحدهما على صاحبه قبلت ولو استأجره على العمل بحصة منها أو بجميعها بعد ظهورها والعلم بقدر العمل جاز والا فلا (متن)

صدقه احد المالكين خاصه أخذ من نصيبه ماادعاه ﴾ كما في المبسوط والتذكرة والتحرير وجامع المقاصد ومعناه انه لوكان المالك اثنين ووقع الاختلاف في قدر الحصة فصدق احد المالكين العامل فيما ادعاه نفذ في حقه فيؤخذ من نصيبه ما ادعاه العامل ﴿ قوله ﴾ ﴿ وقبلت شهادته على المنكر ﴾ كما في المبسوط وما ذكر بعده عدا التذكرة فان فيها انه لاتقبل شهادته لانه شريكه (وفيه) نظر ظاهر ولعل في عبارتها سقطا ومعنى العبارة ان المصدق للعامل من المالكين اذا شهد له فيما ادعاه وكان أهلا للشهادة قبلت شهادته على المنكر لانتفاء المانع لانتفاء التهمة وان لم يكن عدلا أو كان ولم يشهد فالحكم فيه كما لو كان العامل (المالك خ ل) واحدا وكذا لو شهد المصدق للمكذب على العامل قبلت شهادته ان قلنا بسماع البينة من طرف المالك ﴿ قوله ﴾ ﴿ ولوكان العامل الاثنين والمالك واحدا فشهد احدهما على صاحبه قبلت ﴾ كما في التحرير وهو قضية كلام المبسوط والتذكرة حيث قال لو أقام احدهما بينة حكم بها كما تقدم آنفا وفي (جامع المقاصد) ان في قبولها من طرف المالك نظراً لكن في التذكرة الاجماع على ذلك بحيث كانت المسئلة اجماعية اندفع الاشكال انتهى وأنت قد عرفت الحال في ذلك ووجه قبولها انتفاء التهمة وقد يقضي قوله في التذكرة بعدم قبول شهادة احد المالكين للعامل لانه شريكه بعدم القبول هنا ﴿ قوله ﴾ ﴿ ولو استأجره على العمل بحصة منها أو بجميعها بعد ظهورها والعلم بقدر العمل جاز والا فلا ﴾ الاصل في ذلك قوله في المبسوط ومتى استأجره على ان له سهما من الثمرة في مقابلة عمله فان كان قبل خلق الثمرة فالعقد باطل وان كانت مخلوقة فان كان بعد بدو صلاحها فاستأجره بكلها بشرط القطع صح وان استأجره بسهم غير مشاع لم يصح لانه أطلق واطلاقها لايصح بالعقد وان كان بشرط القطع لم يصح لانه لايمكن أن يسلم اليه ما وقع عليه العقد الا بقطع غيره وهذا يفسد العقد فانتهض الجماعة لتحريره فوافقوه على البطلان وعدم الجواز اذا استأجره بجزء منها قبل ظهورها بل في المسالك الاجماع على ذلك وفي (الكفاية) نسبته الى الاصحاب ووجهه في التذكرة بما حاصله من ان عوض الاجارة يشترط فيه الوجود والمعلومية وهما منفيان هنا وانما جاز ذلك في المساقاة على خلاف الاصل للنص والاجماع ومساس الحاجة وخالفوه فيما اذا كانت موجودة واستأجره بكلها أو بعضها وقد بدا صلاحها فانهم جوزوه وان لم يشترط القطع كما صرح بالامرين في التذكرة وكذا الكتاب لانه يلزمه ذلك بالاولى بقوي بالاول في الشرائع وبالثاني في التحرير وبالاولى ان يجوزه في الاول بل جوزوا استئجاره بها كلها أو بعضها بعد ظهورها وقبل بدو صلاحها مع القطع صرح به في الشرائع والتحرير والتذكرة وظاهر الاخير الاجماع عليه في البعض بشرط القطع حيث قال عندنا بل صريح المسالك وظاهر الكتاب وقضية كلام جامع المقاصد انه يصح بها كلها أو بعضها حينئذ وان لم يشترط القطع وكلامهم هذا مبني على كلامهم في البيع فمن جوز هناك بيع الثمرة بعد ظهورها وقبل بدو صلاحها سواء شرط القطع أم لا جوزه هنا وهو خيرة تسعة عشر كتابا ومن منع الا بشرط القطع أو الضميمة أو الزيادة عن عام أو مع الاصل وهم الاكثر كما قيل وقد حكى عليه الاجماع جماعة منع هنا وقد استند في المبسوط هنا

والخراج على المالك الا ان يشترطه على العامل او عليهما وليس للعامل ان يساقي غيره (متن)

في المنع بشرط القطع فيما اذا استأجره بالبعض بعد بدو الصلاح الى ما سمعته من عدم امكان تسليمه لانها تصير حينئذ مشتركة تمتنع من شرط القطع لتوقفه على اذن الشريك وقد لا يحصل فيتعذر التسليم بخلاف الشيخ فيما اذا كان بعد بدو الصلاح وقد حكاه في الشرائع فيما اذا كان بعد الظهور وقبل البدو ولعله لانه يلزمه ذلك بالاولوية وأجابوا عن دليل الشيخ بامكان القطع والتسليم بالاذن كما في كل مشترك فان امتنع فباذن الحاكم فلو كان الاستئجار حينئذ بكل الثمرة فلا اشكال كما في المسالك لانتفاء المانع ولهذا اتفقوا عليه و يلزم الاكثر أن يقولوا بالجواز مع الضميمة ولا تغفل عن قوله في المبسوط غير مشاع وقد خلت عباراتهم عن العلم بقدر العمل كما خلت عبارة الكتاب وغيرها عدا التحرير عن نعت الحصة بكونها معلومة والكل مراد لاطباقهم على أنه لا بد في الاجارة من العلم بالعوضين (و بقي هنا شيء) وهو أنه قد يقال ان هذا من بابهما لو استأجره لطحن الحنطة بجزء منها وارضاع العبد بجزء منه وقد تقدم ان في الصحه خلافا واشكالا و يجاب بانه ليس من ذلك لان الاصل في المساقاة ملاحظة الاصل فقد لا يكون العمل في الثمرة ملحوظا أصلا أو يكون تابعا بخلاف الطحن والارضاع على ان الاصح هناك الصحة ﴿ قوله ﴾ ﴿ والخراج على المالك الا أن يشترطه على العامل أو عليهما ﴾ قد تقدم الكلام في ذلك في المزارعة مسبغاً محررا ﴿ قوله ﴾ ﴿ وليس للعامل أن يساقي غيره ﴾ كما في الشرائع والتذكرة والارشاد واللمعة وجامع المقاصد والروض والمسالك والروضة والكفاية وقد يفهم ذلك من المبسوط و يلوح منه في مسئلة ما اذا هرب العامل وقد وجهه في الشرائع بان المساقاة انما تصح على أصل مملوك وهو خلاصة ما في جامع المقاصد ولعله اليه أشار بقوله في التذكرة لانه عامل في المال بجزء من نمائه فلم يجز أن يعامل غيره وزاد انه انما أذن له خاصة واستأمنه دون غيره وقضية هذا انه اذا فهم الاذن من المالك جاز (وقد يقال) انه يرد على ما في الشرائع ما اذا ظهرت الثمرة و بقي فيها عمل يحصل به زيادة فان كلامه قد يقضي بجواز المساقاة حينئذ لان المساقاة على الاصل لاجل نمائه (الا أن تقول) أنه يقول ان المدار الاصول وهي حينئذ ليست مملوكة له فالشرط مفقود ولا ينفعه ملك النماء (وفيه) انه بناء على ذلك لا فرق بين المساقاة والمزارعة حيث يكون مالكا للارض بل قد عرفت ان ظاهر جماعة وصريح بعضهم ان ملك الارض في المزارعة شرط في صحتها بل في حقيقتها فكيف جازت هناك مزارعة الغير وامتنعت هناك الا ان تفرق بينهما بان المقصود بالذات في المساقاة الاصل والثمرة معا فلا تقع الا من المالك والمقصود في المزارعة بالذات انما هو الزرع والارض لا يقصد (من ظ) المزارعة فيها عملها بالذات وحرثها وتسميدها مقصودان فيها تبعا للزراعة فقد تحصل انا ان قلنا بان ملك الارض ليس شرطا في صحة المزارعة كان الفرق واضحا الا حيث تكون الارض مملوكة فلا بد من التزام الفرق حينئذ بالذات والتبع وكذا على القول باشتراط كونها مملوكة (ويبقى الكلام) في تسليم هذا الفرق وفي مجمع البرهان أنه غير مسلم قال نعم لا بد في المساقاة من اصول مأذون في العمل بها فيجوز مع الاذن بالانقص والمساوي دون الزائد لعموم الادلة وعدم المانع اذا فهم الاذن من المالك (قلت) ولعله لذلك ترك ذكر ذلك معظم الاصحاب مع تصريحهم في المزارعة بجواز المشاركة والمزارعة فلعلهم احالوا ما هنا على ما هناك ولم يتعرض أحد لذكر المشاركة هنا مع انا لا نجد منها مانعا بعنيها أصلا ولاسيما ان قلنا انه لا يجوز له تسليم النخل وتمام الكلام في المسئلة وادلتها واطرافها

ولو دفع اليه أرضا ليغرسها على ان الغرس بينهما فالمغارسة باطلة سواء شرطا للعامل جزأ من الارض أولا والغرس لصاحبه ولصاحب الارض ازالته وأجرة ارضه لفوات ماحصل الاذن بسببه وعليه ارش النقص بالقلع (متن)

في باب المزارعة ﴿ قوله ﴾ ﴿ ولو دفع اليه أرضا ليغرسها على ان الغرس بينهما فالمغارسة باطلة ﴾ باجماعنا وموافقة أكثر العامة كما في جامع المقاصد وبالاجماع كما في مجمع البرهان وعندنا وعند اكثر العامة كما في التذكرة والمسالك وعند الاصحاب كما في الكفاية وبطلان المغارسة قضية كلام المبسوط والسرائر في مسئلة الودي وبه صرح في الشرائع والتذكرة والتحرير والارشاد واللمعة وجامع المقاصد والروض والمسالك والروضة ويستنبط ذلك ويستفاد من أكثر ما بقي كالكافي وفقه القرآن والغنية والوسيلة وجامع الشرائع والنافع والتبصرة من الشروط والتعريف وليس في البعض الآخر اشارة الى ذلك ولاتلويح كالمقنعة والنهاية والمراسم وغيرها وظاهر مجمع البرهان التوقف في البطلان لولا الاجماع لمكان العمومات وكذا الكفاية والمفاتيح بل في الاخير نسبته الى القيل وحجة المعظم ان عقود المعاوضات موقوفة على اذن الشارع وهي منتفية هنا مضافا الى ما سمعته من دعوى الاجماع ﴿ قوله ﴾ ﴿ سواء شرط للعامل جزأ من الارض أولا ﴾ كما صرح به جماعة وهو قضية اطلاق الباقين وكذلك لافرق بين أن يكون الغرس من العامل كما طفحت به عباراتهم جميعا وبين أن يكون من مالك الارض كما هو الظاهر من كلام المبسوط والسرائر في مسئلة أقسام الودي وبه صرح في التذكرة واللمعة وجامع المقاصد والمسالك والروضة ومجمع البرهان والكفاية والمفاتيح والوجه في الكل ظاهر بعد تصريحهم بالبطلان اذا شرطت الشركة في الاصول ﴿ قوله ﴾ ﴿ والغرس لصاحبه ولصاحب الارض ازالته وأجرة أرضه لفوات ماحصل الاذن بسببه وعليه ارش النقص بالقلع ﴾ كما صرح بالاحكام الاربعة في الكتب التسعة المذكورة في اول المسئلة مع زيادة مجمع البرهان والكفاية والمفاتيح (أما الاول) فلمكان البطلان (وأما الثاني) فلانه غير مستحق للبقاء (وأما الثالث) (فلانهما ظ) لم تبذل مجانا بل بحصة لم تسلم له كما اشار اليه المصنف (واما الرابع) فلصدوره بالاذن فليس بعرق ظالم (وقال في المسالك) لم يفرق الاصحاب في اطلاق كلامهم بين العالم بالبطلان والجاهل بل تعليلهم مؤذن بالتعميم ولا يبعد الفرق بينهما وان الاجرة لصاحب الارض مع علمه ولا أرش لصاحب الغرس (اما الاول) فللاذن في التصرف فيها بالحصة مع علمه بعدم استحقاقها (وأما الثاني) فلظلمه بالغرس مع علمه بعدم استحقاقه ويمكن دفعه بان الامر لما كان منحصراً في الحصة أو الاجرة لم تكن الاذن من المالك تبرعا فله الاجرة وان الغرس لما كان باذن المالك وان لم يكن بحصة كان عرقه غير ظالم فيستحق الارش انتهى وقد وافقه على ان كلامهم مطلق الكاشاني وحكاه عنه برمته في الكفاية ساكتا عليه وفي (مجمع البرهان) نفي البعد عن الفرق (ونحن نقول) ان المتبادر من كلامهم انما هي (هو خ ل) صورة الجهل بالبطلان وتعليلهم ظاهر في ذلك حيث قالوا لفوات ماحصل الاذن بسببه كما في الكتاب والتذكرة وفوات ماعمل لاجله كما في جامع المقاصد ومن البعيد أن يريد في المسالك تعليلهم البطلان بان العقود توقيفية وان اراده فلا دلالة فيه على مراده وستسمع تعليلهم وجوب طم الحفر وتسوية الارض وقد يدفع مادفع به في المسالك ان هذه الاذن لا عبرة بها لانها انما صدرت في ضمن المغارسة الباطلة فيكون العامل قد تبرع بالعمل ووضع الغرس بغير

ولو دفع قيمة الغرس ليملكه أو الغارس قيمة الارض ليملكها لم يجبر الآخر عليه ولو ساقاه على الشجر وزارعه على الارض المتخللة بينهما في عقد واحد جاز بان يقول ساقيتك على الشجر وزارعتك على الارض أو عاملتك عليهما بالنصف ولو قال ساقيتك على الارض والشجر بالنصف جاز لان الزرع يحتاج الى السقي ولو قال ساقيتك على الشجر ولم يذكر

حق و به فارق المستعير الغرس لانه موضوع بحق واذن صحيحة شرعا بخلاف هذا الغرس كما صرح به في الروضة ومنه يعلم حال المالك الآن تقول أنه لو تم ذلك لقضى بعدم أجرة المثل في الاجارة الفاسدة ونحوها وفيه نظر ظاهر لمكان العلم هنا فتأمل وقد تقدم الكلام في الاجارة الفاسدة مسبغا ويأتي في المضاربة محررا ويحتمل ان يكون الكل منهما أقل الامرين من اجرة المثل والحصة كما مر مثله ثم عد الى الارش ففي (جامع المقاصد) انه تفاوت ما بين كونه قائما بالاجرة ومقلوعا وهو خيرة الروضة ومجمع البرهان وقال في جامع المقاصد ويحتمل تفاوت ما بين كونه قائما بالاجرة مستحقا للقلع بالارش ومقلوعا وقد اختار هذا في المسالك وقال انه المنقول من ارش النقصان لان استحقاقه للقلع بالارش من جملة أوصافه (وفيه) انه لا يخلو عن دور لان معرفة الارش فيه متوقفة على معرفته حيث أخذ في تحديده والظاهر ان القيمة لا تختلف باعتباره فتأمل جيدا وعن فخر الاسلام أنه تفاوت ما بين كونه قائما مستحقا للقلع بالارش ومقلوعا (وفيه) مع ماعرفت ترك وصف القيام باجرة واوهن شيء احتمال تفاوت ما بين كونه قائما مطلقا ومقلوعا اذ لا حق له في القيام كذلك وقد تقدم لنا في باب المزارعة عند قوله ولو ذكر مدة يظن الادراك فيها في لا ارش ماله نفع في المقام (وقال في جامع المقاصد) وهل يجب عليه طم الحفر وتسوية الارض وارش الارض لو نقصت وقلع العروق لا اعلم بذلك تصريحا والذي يقتضيه النظر وجوب ذلك وهو خيرة المسالك ومجمع البرهان والكفاية لان الاذن انما صدر على تقدير تملك الجزء من الغرس ولما فات وجب ضمان كل مافات بسببه من منفعة الارض وقوتها ولما لم يكن شغل الارض به باستحقاق وجب تفريغ الارض منه وطم الحفر الحاصلة بسببه وهكذا ينبغي ان يكون الحكم في الاجارة الفاسدة للبناء والغرس وما جرى هذا (المجرى ظ) وفي جامع المقاصد والمسالك والروضة ومجمع البرهان والكفاية لو ان مالك الغرس قلعه ابتداء وجب عليه الطم والتسوية وفي الاول انه لا بحث فيه لانه أحدث ذلك في ملك الغير لتخصيص ملكه ﴿ قوله ﴾ (ولو دفع قيمة الغرس ليملكه أو الغارس قيمة الارض ليملكها لم يجبر الآخر عليه) كما صرح بالامرين في جامع المقاصد لان الناس مسلطون على أموالهم والمعاوضة مشروطة بالتراضي وقد صرح بالامر الاول في الشرائع والتذكرة والتحرير والارشاد واللمعة والمسالك والروضة ومجمع البرهان والكفاية لما ذكرنا وقد صرح في هذه الكتب التسعة أنه لو دفع الغارس الاجرة لم يجبر صاحب الارض على التبقية لما قلناه وكذا لو رضي صاحب الارض بالاجرة لم يجبر الغارس عليها كما في جامع المقاصد وظاهر كلام المصنف في المزارعة في مثله ان الزارع يجبر على الابقاء بالاجرة اذا رضي المالك بذلك والشيخ ذهب الى مثل ذلك في المستعير وذهب الى مثله في الغاصب ولعله لذلك تركه الجماعة فتأمل ﴿ قوله ﴾ (ولو ساقاه على الشجر وزارعه على الارض المتخللة بينها في عقد واحد جاز بان يقول ساقيتك على الشجر وزارعتك على الارض أو عاملتك عليها بالنصف ولو قال ساقيتك على الارض والشجر بالنصف جاز لان الزرع

الارض لم يجز له ان يزرع وكل شرط سائغ لايتضمن الجهالة فانه لازم ﴿ المقصد الرابع في الشركة ﴾ وفيه فصلان (الاول) الماهية وهي اجتماع حقوق الملاك في الشيء الواحد على سبيل الشياع (متن)

يحتاج الى السقي ولو قال ساقيتك على الشجر ولم يذكر الارض لم يجز ان يزرع ﴾ قد تقدم الكلام في هذه المسائل الثلث في أواخر باب المزارعة مسبعاً محررا و بينا هناك ان ظاهر كلامه هنا في الاولى يعطي بأنه لابد من تقديم المساقاة وان ظاهر التذكرة الاجماع على العدم و بينا انه في الثانية رجع عن الاشكال هناك الى الجزم واستوفينا الكلام اكمل استيفاء ﴿ قوله ﴾ ﴿ وكل شرط سائغ لم يتضمن جهالة فانه لازم ﴾ قد تقدم له مثل هذه العبارة في أوائل باب المزارعة واستوفينا في ذلك الكلام و بينا هناك اختلاف كلامي جامع المقاصد وانه لاوجه لمناقشته هنا وقد وفق الله بفضله واتمامه فلله الحمد وله الشكر لاتمامه في ليلة عيد الفطر عند نصفها سنة الف ومائتين وأربع وعشرين على يد مصنفه الاقل الاذل الراجي عفو ربه التقي محمد الجواد الحسيني الحسني العاملي والحمد لله كما هو أهله وصلى الله على محمد وآله المعصومين الذين اذهب عنهم الرجس وطهرهم تطهيراً عجل الله ظهورهم

﴿ بسم الله الرحمن الرحيم وبه نستعين ﴾

الحمد لله كما هو أهله رب العالمين والصلوة والسلام على خير خلقه محمد وآله الطاهرين ورضي الله عن علمائنا ومشائخنا اجمعين وعن رواتنا الصالحين (وبعد) فهذا مابرز من كتاب مفتاح الكرامة سهل بمنه واحسانه اتمامه على يد مؤلفه الاقل الاذل الراجي عفو ربه التقي محمد الجواد الحسيني الحسني العاملي عامله الله بلطفه الجلي والخفي ﴿ قوله ﴾

﴿ المقصد الرابع في الشركة ﴾

﴿ وفيه فصلان الاول الماهية وهي اجتماع حقوق الملاك في الشيء الواحد على سبيل الشياع ﴾ قد عرفت بذلك في الشرائع والنافع والتذكرة والايضاح وشرح الارشاد لولد المصنف والمهذب البارع والروض وخلت بقية كتبهم عنه فوصفه بأنه المشهور في مجمع البرهان لعله لانه المتبادر منه لغة وعرفا فاذكر فيه أنها عقدا وعرفت فيه بأنها عقد الخلاف والمبسوط والكافي والوسيلة والغنية والسرائر وجامع الشرائع والتذكرة والتحرير والارشاد والمختلف وشرح الارشاد لولد المصنف والمهذب البارع وجامع المقاصد والمسالك والكفاية والرياض وهي الاربعة الاخيرتان للشركة معنيين (الاول) ما ذكرناه أولا (والثاني) أنه عقد ثمرته تصرف الملاك للشيء الواحد على سبيل الشياع وهو أي كونه عقدا قضية كلام أبي علي وعلم الهدى وابي الصلاح وولد المصنف كما يأتي فيما اذا تفاضل المالان وقضية كلام النهاية والكتاب واللمعة والتنقيح وغيرها حيث يبحثون عن الاذن في التصرف والاركان والصحة والبطلان بل في الغنية والتحرير وكذا التذكرة والمختلف الاجماع على انه عقد جائز صحيح وقد نسب في الايضاح الى المبسوط والخلاف انه يقول أنها ليست عقدا عند الكلام في مسئلة ما اذا تفاضل المالان ولم نجده له أصلا لا في الخلاف ولا في المبسوط والموجود في الكتابين ما حكينا وظاهر كلام السرائر في المسئلة المذكورة أنها ليست عقدا مع أنه قد صرح من قبل انها عقد جائز من الطرفين وفيها أيضا وفي (الغنية) الاجماع على ان من شرط صحة الشركة الاذن في التصرف وهذا نص أو كالنص في أنها عقد ونحو

ذلك اجماع الخلاف كما ستعرف ذلك كله وظاهر الايضاح في المسئلة المذكورة ان تسميتها عقدا مجاز لأنها
اذن كل واحد للآخر وستعرف الحال (وقال في مجمع البرهان) بعد أن عرفها بأنها اجتماع حقوق الملاك
الى آخره قال ان كون الشركة مطلقا عقدا محل التأمل فلنسبيها قد يكون ارثا وقد يكون مزجا وقد يكون
حيازة نعم قد يكون أيضا عقدا بأن اشترى بعض حيوان ببعض حيوان آخر فصارا كلاهما مشتركين وهما
شريكان وليس في شيء منها الشركة التي هي عقد ففي كونها عقدا مسامحة فان الشركة هي الاجتماع
المتقدم فلا معنى لكونها عقدا وجائزا نعم البقاء على حكمها أمر جائز بمعنى انه لا يجب الصبر على الشركة
بل يجوز رفعها وابقاؤها فكأنهم يريدون بالعقد معنى آخر للشركة غير ما تقدم وبالجائز انه اذا أذن
للتجارة وغيرها لا يلزم ذلك بل يجوز منعه وطلب القسمة وقال قد ادعى في التذكرة اجماع علمائنا على
أنها تجري في العروض والاثمان وانها لا تصح بدون مزج المالين وهذا لا يحتاج الى عقد ولا الى
عاقد ولعل مرادهم غير تلك الشركة بل هي باعتبار الاحكام المترتبة عليها من جواز التصرف والتجارة
وحصول الربح وغيرها وقال قال في التذكرة المقصود في هذا المقصد البحث عن الشركة الاختيارية
المتعلقة بالتجارة وتحصيل الربح والفائدة فيمكن أن يوجد تعريف آخر للشركة وتكون هذه الاركان
والاحكام لها دون التي عرفت بالتعريف المشهور فكان المراد بها عقد ثمرته جواز تصرف الملاك في
مال نفسه وغيره وحينئذ يحتاج الى عقد وهو لفظ بل أمر دال على الاذن في ذلك بأي وجه كان
بحيث لا يحتمل غيره حقيقة أو مجازا ولا يحتاج الى قبول لفظي والمقارنة كما في سائر العقود لأنه توكيل
واذن في التصرف ففي عده من العقود مسامحة وقال قال في التذكرة فلا يصح التصرف الا باذنهم
وانما يعلم الرضا والاذن باللفظ الدال عليه فاشتراط اللفظ الدال على الاذن في التصرف والتجارة فيه
تأمل لأن العلم بالاذن والرضا ليس منحصرا في اللفظ بل يعلم بالاشارة والفعل والكتابة وهو ظاهر
فكأنه يريد اللفظ وما يقوم مقامه انتهى ما أردنا نقله من كلامه (وقال في الرياض) لا خلاف (فيها)
المعنيين وانكار بعض المتأخرين للثاني بناء على عدم الدليل على كونها عقدا مع مخالفته الاجماع
مضعف بدلالة ثمرته من جواز التصرف المطلق أو المعين المشترط على ذلك بناء على مخالفتها
بقسميها سيما الثاني الاصل لحرمة التصرف في مال الغير بدون اذنه فيقتصر فيها على القدر المتيقن
وهو مادل عليها صريحا من الجانبين كما نبه عليه في التذكرة وعليه يصح اطلاق لفظ العقد عليه واما
الاكتفاء فيها بمجرد القرائن الدالة عليها أو الالفاظ الغير الصريحة فيها فلا دليل عليه وعلى فرض
وجوده كما يدعى من ظاهر النصوص مع عدم دلالتها عليه أصلا فلا ريب في مغايرة هذا المعنى للاول
أيضا لحصول الاول بامتزاج المالين قهرا من دون رضا المتشاركين وهو غير الامتزاج مع الرضا به
وبالتصرف في المالين مطلقا أو مقيداً على حسب مايشترطانه فانكاره رأسا فاسد جداً ولا ينافي التغاير
دخول الثاني في الاول دخول الخاص في العام وأنه من افراده لتغايرهما في الجملة قطعا وهو كاف في
افراد الخاص عن العام في الاطلاق انتهى وفي بعض كلامه نظر كما سيظهر ذلك ثم انه ان اراد ببعض
المتأخرين مولانا المقدس الاردبيلي فقد عرفت انه لم ينكر ذلك رأسا وانما انكر كون المعنى المشهور باقسامه
عقدا واقصى ما في كلامه الثاني ان حالها حال العقود الجائزة في الاكتفاء بما يدل على
المراد كالوكالة ونحوها ولم يدع انه مستفاد من النصوص وقد سمعت كلامه برمته وانما في كلامه
نظر من وجه آخر كما سيظهر نعم وقد وقع ذلك كله لصاحب الحدائق لكن لا ينبغي التعرض

لكلامه لانه لم تجر عادة أصحابنا بنقل كلام الاخباريين على أنه خبط في المقام خبطاً وذلك لانه قد أخذ ما اعترض به عليه صاحب الرياض من المولى الاردبيلي وسلك به (على ظ) اليه في الرياض وقال انه لايشم المعنى الثاني من الاخبار رائحة بالمرة مع أنها ظاهرة في الشركة الاختيارية حيث قيل فيها اشتركا بامانة الله عز وجل ويشارك في السلعة ويشارك الذمي ويرتد اليه انه قال في التحرير أنها عقد صحيح بالنص والاجماع وجعل قوله في التذكرة الثاني الصيغة التي قد صرح فيها بأنها عقد مراراً متعددة انه ما أراد العقد وان عبر عنه بلفظ الصيغة الموهمة له وقال ان مثل كلام التذكرة كلام اللمعة والشرائع وقال ان المفهوم من كلام الفضلاء يعني المحقق والمصنف والشهيد أنه لايستفاد من الشركة أزيد من المعنى الاول وانه يتوقف التصرف بعد حصول هذه الشركة على الاذن وان لم تدخل في باب العقود فما ندري عن أيها تنفي أعن الذي ادعاه على الاخبار أم ما ادعاه على التذكرة أم الذي ادعاه على الفضلاء مضافاً الى الذي حكاه صاحب الرياض (وتحرير المقام) ان الشركة بالمعنى المشهور أعني اجتماع حقوق الملاك الى آخره لاتوصف بالصحة والبطلان لامدخل له في الحكم الوضعي لانه اما ان يتحقق هذا التعريف أولا فان لم يتحقق لم يثبت وان تحقق ثبت سواء كان بعقد أو بغير عقد كما لو تعدى أحدهما ومزج ماله بمال الآخر قهراً أو تعدي أجنبي كذلك فلا يمكن وقوعها على وجهين صحيح و باطل وانما توصف بالصحة والبطلان بالمعنى الثاني باعتبار الاذن في التصرف لكل واحد من الشريكين من الآخر أو لاحدهما دون الآخر ثم توصف بالصحة والبطلان باعتبار المعنى الاول باعتبار ما يترتب عليها من الاحكام فيتعاقدان بعد حصول الامتزاج ولو قهراً فيقول كل منهما للآخر قد أذنت لك في التصرف مطلقا أو في ذلك التصرف الخاص فيقبل الآخر قولا أو فعلا أو يقول أحدهما للآخر من دون ان يقول له الآخر ذلك كما هو الشأن فيما اذا أخرجا المالين ابتداء وعقدا على ذلك وينعقد بما اذا قال لاتشاركا على ان تتصرف أو تتصرف كذا أو قال أحدهما شاركتك على ان تتصرف تصرفا مطلقا أو معينا فيقبل الآخر وقد تأمل فيما يأتي في جامع المقاصد فيما اذا قال تشاركا فقال قبلت فقوله في مجمع البرهان وانه توكيل وان عده عقداً مسامحة ليس في محله كقوله في الايضاح منها عقد مجاز وقد قال في المختلف لاخلاف في صحة عقد الشركة وانه قائم بنفسه وليس فرعا على غيره وقد سمعت اجماع الغنية والتحرير والتذكرة ومما ذكر يعلم حال ما في الرياض وكأنه ميعول فيما حكاه عن التذكرة على الحدائق قال نبه عليه في التذكرة (وقال في المسالك) بعد ان ذكر المعنيين الاول والثاني لقد كان على المصنف يعني المحقق ان يقدم التعريف الثاني لانه المقصود بالذات أو ينبه عليهما على وجه يزيل الالتباس عن حقيقتهما وأحكامهما (وقال في جامع المقاصد) في قول المصنف فيما بعد وأركانها ثلاثة ان الضمير يعود الى الشركة التي تقدم تعريفها وهو يتناول الشركة التي ليست بعقد ولا قصد فان كان غرضه البحث عن الشركة التي هي عقد فحقه ان يعرفه وان كان غرضه البحث عن أحكام مطلق الشركة فعليه ان يقيد قوله واركانها ثلاثة ونحو ذلك ما في مجمع البرهان (ونحن نقول) ان الامر أوضح من ان يحتاج الى بيان لان الشركة الحقيقة هو اجتماع حقوق الملاك وأما الاحكام فتترتب على الاذن في التصرف في المال المشترك كما بينا وذلك عقد جائز وله أركان ثلاثة فكلامهم مبني على ان المقصود واضح لمكان عدم الشركة في العقود واجتماع حقوق الملاك في تعريف الكتاب وغيره بمنزلة الجنس الشامل لاجتماعهما على سبيل التمييز وغيره والمراد بالوحدة

والمحل اما عين أو منفعة أو حق وسبب الشركة قد يكون ارثاً أو عقداً أو مزجاً اوحيازة بأن يقتلعا شجرة أو يغترفا ماء دفعة بآنية (متن)

الوحدة الشخصية لا الجنسية ولا النوعية ولا الصنفية لعدم تحقق الشركة فيها مع تعدد الشخص و بالواحد الواحد فيما هو متعلق الشركة فلا ينافيه التعدد لصدق الاجتماع بالمعنى المذكور في كل فرد من أفراد المتعدد وخرج بقوله على سبيل الشياع اجتماع حقوقهم في الشيء الواحد المركب من أجزاء متعددة كالبيت مثلا اذا كان خشبه لواحد وحائطه لآخر وأرضه لثالث والشهيد كلام في المقام قد ناقشوه فيه وما انصفوه كما بيناه في الحاشية وقد صدع بذلك في آخر كلامه في المسالك ولا يشمل التعريف شركة الابدان والوجوه ولاضرر فيه لانه تعريف الشركة الصحيحة عندنا والظاهر من كلام الاصحاب كما يأتي عدم اشتراط عدم التمييز في نفس الامر بل يكتفون بعدمه ظاهرا وان حصل التمييز في نفس الامر بل قد حكي في التذكرة الاجماع على حصول الشركة بمزج العروض والاثمان مزجا لايتميز معه المالان بل هو ضروري كما ستسمع وهذا ينافي قولهم في التعريف على سبيل الشياع اذ المتبادر منه ان لايفرض جزء الا وفيه حق لهما فلا بد ان يراد بالاشاعة في التعريف عدم التمييز المطلق لان الناس فى الاعصار والامصار لايزالون يتشاركون فى الاثمان فيكون المراد بالشركة في مثله حكم الشارع بان هذا المال صار شركة لا أنه فى نفس الامر كذلك والشركة بفتح الشين وكسر الراء أو كسر الشين وسكون الراء حكى ذلك جماعة ﴿ قوله ﴾ ﴿ والمحل اما عين أو منفعة أو حق وسبب الشركة قد يكون ارثا أو عقدا أو مزجا أو حيازة بأن يقتلعا شجرة أو يغترفا ماء دفعة بآنية ﴾ في المبسوط والسرائر ان الشركة على ثلاثة أضرب شركة في الاعيان وشركة في المنافع وشركة في الحقوق فأما الشركة في الاعيان فمن ثلاثة أوجه الميراث والعقد والحيازة فأما الميراث فهو اشتراك الورثة في التركة وأما العقد فهو ان يملك جماعة بيع أو هبة أو صدقة أو وصية وأما الشركة بالحيازة فهو ان يشترك في الاحتطاب والاحتشاش والاصطياد والاغتنام والاستقاء بعد خلطه وحيازته وأما قبل خلطه فلا شركة عندنا بينهم لان الشركة بالابدان والاعمال باطلة وكذا في السرائر وأما الاشتراك في المنافع فكالاشتراك فى منفعة الوقف ومنفعة العين المستأجرة وأما الاشتراك في الحقوق فمثل الاشتراك في حق القصاص وحد القذف وحق خيار الرد بالعيب وخيار الشرط وحق المرافق من المشي في الطرقات وما أشبه ذلك وحرره المتأخرون كالمحقق والمصنف والشهيدين وأبي العباس والمحقق الثاني وغيرهم فقيدوا الحيازة بما اذا كانت دفعة فانها حينئذ تحقق الشركة فى الجملة لكن يكون لكل واحد من المحاز بنسبة عمله و يختلف ذلك بالقوة والضعف ولو اشتبه مقدار كل واحد فالصلح أو تمليك كل واحد مابقي له عند الآخر بناء على جواز هبة المجهول له وفي (الروضة) لو حاز كل واحد شيئاً من المباح منفرداً عن صاحبه اختص كل بما حازه ان لم يكن عمل كل واحد بنية الوكالة عن صاحبه في تملك نصف ما يحوزه والا اشتركا أيضا على الاقوى فالحيازة قد توجب الاشتراك مع التعاقب وقد لاتوجبه في الدفعة وغرضه ان ذلك مما يقبل النيابة فاذا نوى ان يكون بينه و بين شريكه ملك شريكه نصفه وان لم يعمل فكيف اذا عمل فاذا عملا كذلك حصل الاشتراك مع التعاقب فى كل من الصيدين (وفيه) ان الشركة في هذا الصيد حصلت دفعة وفى الآخر كذلك لكنهما معا دخلا

وأقسامها اربعة شركة العنان وهي شركة الاموال وشركة الابدان (متن)

على التعاقب فكان كلام الاصحاب هو الصحيح واما ان الدفعة لاتوجيه فظاهر كما لوحاز كل واحد صيدا دفعة من دون نيابة ولهذا قيدوه بالتمثيل ثم يرد ذلك على من لم يمثل كالشهيد في اللمعة لكن الامر واضح (أوضح ظ) من ذلك وزاد المتأخرون على مافي المبسوط المزج وهو واضح سواء كان اتفاقاً أو اختيارا واستدركوا عليه التمثيل بالوقف وانما وافقه عليه في الفقه الراوندي والتحرير لانه ان كان على محصورين فالاشتراك في العين والا فلا اشتراك فليتأمل لان الطرقات كذلك وقال بعض من تأخر يمكن الامتزاج في المنفعة بأن يستأجر كل منهما دراهم ليتزين بها حيث نجوزه متميزة ثم امتزجت بحيث لاتتميز فليتأمل وقد يظهر من المبسوط والكتاب وغيرهما ان الجميع يجري في الجميع وليس كذلك وقد تركوا بيانه لظهوره ولا ريب ان الاشتراك في العين والمنفعة والحق يجري في الارث والعقد وأما المزج والحيازة فلا يتحققان الا في العين الا على فرض استئجار الدراهم كما مر ﴿قوله﴾ ﴿وأقسامها أربعة شركة العنان وهي شركة الاموال﴾ شركة العنان جائزة باجماع العلماء في جميع الامصار كما في التذكرة واجماع العلماء كما في مجمع البرهان كافة كما في ايضاح النافع ولا خلاف بين المسلمين في صحة الشركة في الاموال كما في المسالك ونحوه مافي الغنية والسرائر وفيها أيضا وفي كشف الرموز والتنقيح الاجماع على ذلك وفي (الانتصار) ان مما انفردت به الامامية ان الشركة لا تصح الا في الاموال ولا تصح بالابدان والنصوص بها مع ذلك مستفيضة وقد عرفها المصنف بالاعم وبذلك طفحت عبارات المتقدمين وقد عرفت في التذكرة وكذا التحرير بأن يخرج كل مالا ويمزجاه ويشترطا العمل فيه بأبدانهما ونحوه مافي الغنية والسرائر وكذا المبسوط وقد اختلف فيما أخذت منه هذه اللفظة على أقوال ذكرها جماعة كثيرون لاحاجة الى ذكرها ﴿قوله﴾ ﴿وشركة الابدان﴾ قد سمعت مافي الانتصار وهي باطلة عندنا كما في الخلاف والمبسوط والتذكرة والتحرير وايضاح النافع والروضة وفي (المفاتيح) قالوا في الكفاية أنه المعروف من مذهب الاصحاب وفي (الخلاف) ايضا ان عليه اجماع الفرقة وأخبارهم وقد سبق الاجماع أبا علي وتأخر عنه كما في المهذب واتفقت الامامية على بطلانها بعد ابن الجنيد كما في الايضاح ولا خلاف في بطلانها من غير أبي علي كما في المسالك وفي (السرائر وكشف الرموز والمختلف وشرح الارشاد للفخر والتنقيح وجامع المقاصد) الاجماع على بطلانها فكأنهم اجمعوا على نقل الاجماع اذ هو محكي في تسعة عشر كتابا أو أكثر كما سمعت وهو معلوم محصل قطعا لانه قد صرح ببطلانها وانها غير جائزة في المقنعة والنهاية والمراسم والوسيلة وسائر ما تأخر عنها الى الرياض وانما خلى عن ذلك المهذب وفقه الراوندي فالحجة على ذلك الاجماع والاصل خبر(١) الضرر والغرر وأنه عقد شرعي يتوقف على الاذن فلا تصغ الى مافي مجمع البرهان والكفاية والمفاتيح من انه لايظهر دليل على عدم الجواز سوى الاجماع فان كان والا فلا مانع ولا الى ماحكي عن أبي علي لانه لادليل لهم على الصحة الا عموم الامر بالوفاء والشروط وهو لايجري في الباب لانه من العقود الجائزة ومجرد التراضي لايوجب اللزوم والخروج عن الاصل وانتقال مال هذا وفائدة عمله الى الآخر مع زيادة التفاوت بين العملين واقصى مايفيد التراضي الاباحة بل قد لايفيدها مع جهلهما

(١) كذا في النسخة وكأن الصواب وخبر أوان لفظه بعد ساقطه قبل الاجماع فليراجع (مصححه)

بان يشترك اثنان فصاعدا فيما يكتسبون بأيديهم تساوت الصنعة أو اختلفت وشركة المفاوضة وهي أن يشتركا فيما يتساويان من مال ويلتزمان من غرم بتصب أو بيع فاسد وشركة الوجوه (متن)

بالفساد وندامتهما أوأحدهما ولهذا قالوا بعدم افادة العقود الفاسدة مع الجهل الاباحة مع حصول الرضا منهما نعم لو علما بالفساد وتشاركا جاز لانه أكل المال بالاباحة لابعقد الشركة فهو خارج عما نحن فيه ومنه يعلم الحال في شركة المفاوضة والوجوه كما يأتي انشاء الله تعالى ﴿ قوله ﴾ ﴿ بان يشترك اثنان فصاعدا فيما يكتسبونه بايديهم تساوت الصنعة أواختلفت ﴾ لافرق فيما بين ان يتفق عملهما نوعا أو قدرا أو يختلفا فيهما أوفي أحدهما ولا بين ان يعملا في مملوك أو مباح وحكمها انهما ان عملا فلكل أجرة عمله قل أوكثر ان تميز ومع الاشتباه فالصالح وان عمل احدهما فلا شيء للآخر في أجرة عمله ﴿ قوله ﴾ ﴿ وشركة المفاوضة ﴾ باطلة اجماعا كما في السرائر والايضاح وشرح الارشاد لولد المصنف والمهذب البارع والتنقيح وجامع المقاصد وعندنا كما في التذكرة والروضة وايضاح النافع وفي (المبسوط) انه الذي يقتضيه مذهبنا وفي (المسالك) انها باطلة الا عند ابي حنيفة ومرشد وفي (الكفاية) انه المعروف بين اصحابنا وفي (المفاتيح) قالوا وقد نص على ذلك في الخلاف والمبسوط والوسيلة وسائر ما تأخر عنها الى الرياض وقد خلي عن ذلك الغنية والانتصار والنهاية والمراسم وفقه الراوندي والمهذب والحجة على ذلك بعد ذلك الاصل [illegible] والغرر كما مر وانه عقد يتوقف على الاذن وقد سمعت مافي مجمع البرهان والكفاية ﴿ قوله ﴾ ﴿ وهي ان يشتركا فيما يكتسبان من مال ويلتزمان من غرم بغصب أو بيع فاسد ﴾ المراد من هذه الشركة أنهما يلتزمان ما يكون عليهما من غرم ومايحصل من غنم فيلزم كل منهما للآخر مثل الذي يلزم الآخر من ارش جناية وضمان غصب وقيمة متلف وغرامة ضمان وكفالة ويقاسمه فيما يحصل له من ميراث أو يجده من ركاز ولقطة ويكتسبه في تجارة ونحو ذلك ولايستثنيان من ذلك الاقوت اليوم وثياب البدن وجارية يتسرى بها فان الآخر لايشاركه فيها وكذا يستثنى من هذه الشركة الجناية على الحر وبذل الخلع والصداق اذا لزم احدهما وحكمها ان لكل منهما وعليه ما انفرد به وظاهر العبارة قصر الاشتراك في الغرم على الغصب والبيع الفاسد وليس كذلك كما عرفت عند القائلين بها ولا يحضرني قوله فيتساويان كما في بعض النسخ ﴿ قوله ﴾ ﴿ وشركة الوجوه ﴾ باطلة عندنا كما في التنقيح وايضاح النافع والمسالك والروضة واجماعا كما في السرائر والمختلف وشرح الارشاد للفخر والمهذب البارع والتنقيح أيضا وجامع المقاصد وفي (الكفاية) أنه المعروف بين الاصحاب وفي (المفاتيح) قالوا وقد استثنى جماعة من هؤلاء من اجماعهم أبا علي وقد نص على بطلانها وعدم جوازها في الخلاف والمبسوط والوسيلة وسائر ما تأخر عنها الى الرياض وخلا عن ذلك الكتب الستة المذكورة آنفا والحجة على بطلانها بعد الاجماع الاصل والغرر والضرر وأنه عقد يتوقف على الاذن وخلاف أبي علي شاذ حيث جوز شركة الوجيهين اللذين لامال لهما ليشتريا في الذمة الى أجل فما يربحان بعد اداء الثمن فهو بينهما وهذا أشهر معانيها كما في التذكرة والمسالك ومجمع البرهان والكفاية وقد سمعت مافي مجمع البرهان والكفاية ومن لحظ كلام الرياض في نقل الاجماعات عرف أنه تسامح تسامحا فاحشا قال وهذه الثلاثة بمعانيها باطلة باجماعنا كما

وهي أن يبيع الوجيه مال الخامل بزيادة ربح ليكون له بعضه والكل باطل سوى الاول وأركانها ثلاثة (متن)

في الغنية والانتصار والمختلف والتذكرة(١) ومن التنقيح والمهذب والمسالك والروضة اذ لم يذكر في الانتصار شركة الوجوه والمفاوضة ولم ينقل في الغنية فيهما الاجماع ولا في التذكرة في شركة الوجوه ثم ان بعض مانسب اليه الاجماع قال عندنا وقضية كلامه أنه لم ير المسالك والروضة مع تقديم المتأخر وتأخير المتقدم ﴿ قوله ﴾ ﴿ وهي ان يبيع الوجيه مال الخامل بزيادة ربح ليكون له بعضه ﴾ هذا أحد معانيها وقد تعطي العبارة الحصر في ذلك وقد ذكر لها في التذكرة وغيرها ثلاثة معان أخر أشهرها ما نسبناه الى ابن الجنيد آنفا والثالث أن يشترك وجيه لامال له وخامل ذومال ليكون العمل من الوجيه والمال من الخامل وهو في يده لايسلم الى الوجيه و يكون الربح بينهما والرابع ان يبتاع وجيه في الذمة ويفوض بيعه الى خامل ويشترطا ان يكون الربح بينهما وحكمها عندنا ان احدهما اذا اشترى من دون توكيل الآخر له أو مع قصد اختصاصه بالشراء فلا حق للآخر في الربح وان وكله فاشترى لهما فهي شركة العنان ﴿ قوله ﴾ ﴿ والكل باطل سوى الاول ﴾ كما تقدم بيانه ﴿ قوله ﴾ ﴿ وأركانها ثلاثة ﴾ كما في التذكرة وجامع المقاصد وهو مراد الباقين وان خلت جميع عباراتهم عنه والمراد أن اركان الشركة التي هي عقد وهي الدائرة على السنة الفقهاء التي يقصد بها التجارة والربح والاستنماء كما تشهد به الاخبار مثل قول أمير المؤمنين عليه السلام شاركوا من أقبل عليه الرزق فانه أجلب للرزق وغيره (وقال في التذكرة) المقصود في الباب البحث عن الشركة الاختيارية المتعلقة بالتجارة وتحصيل الربح والفائدة ففي العبارة نوع استخدام لانه قد أراد بالضمير معنى وهو ما ذكرنا و بالظاهر معنى وهو شركة العنان كقوله «اذا نزل السماء بأرض قوم» «رعيناه» البيت والا فالسياق يقتضي عود الضمير الى شركة العنان المقصودة بالتعريف في صدر الباب وهذه لا تتوقف على الاركان المذكورة اذ لو اختلط المالان لا بصيغة ولا بقصد أو كانا لصبيين أو مجنونين تحققت تلك الشركة وهذا بناء على مايأتي للفخر والشهيد في مسئلة ما اذا اشترط التفاوت في الربح مع تساوي المالين و بالعكس حيث اختلف الاصحاب في صحة هذه الشركة وبطلانها فقال الفخر والشهيد ليس الموصوف بالصحة والبطلان نفس الشركة العنانية اذ لا يمكن وقوعها على وجهين وقال الاول ان الموصوف بالبطلان انما هو الاذن والثاني أن الموصوف به انما هو شرط التفاوت مع التساوي والذي يتوقف عليه وهو الاذن في التصرف فهما لايقولان بأن الشركة بمعنى العقد هي الشركة العنانية كما يظهر من التذكرة فيما قيل من أنها مركبة من مزج المال والعقد وفي (جامع المقاصد) أن ذلك ليس بشيء وان الموصوف بالصحة والبطلان انما هو عقد الشركة وهو اللفظ الدال على الاذن وان ليس المراد بالشركة العنانية الا نفس العقد وليس المراد بالعقد في كلام الفقهاء الا هي قلت وهو الظاهر من الشرائع فيما يأتي ويرد على الفخر والشهيد أن الشركة بمعنى العقد اذا لم تكن عين شركة العنان فهي قسم من الاقسام الاخر لاتفاق الفقهاء على انحصار الشركة الصحيحة في شركة العنان وانحصار مطلق الشركة في المذكورات الا أن تقول أن الشركة الصحيحة تطلق على العقد وعلى شركة العنان لكنها في

---

(١) لفظة التذكرة لم تكن في النسخة ولكنها موجودة في الرياض وقول الشارح فيما يأتي ولا في التذكرة يدل على وجودها (مصححه)

(المتعاقدان) ويشترط فيهما اهلية التوكيل والتوكل والصيغة وهي ما يدل على الاذن في التصرف ويكفي قولهما اشتركنا (متن)

الثاني أظهر فتدبر ﴿ قوله ﴾ (المتعاقدان ويشترط فيهما أهلية التوكيل والتوكل) في التذكرة والتحرير وجامع المقاصد وهو مما يشترطه الباقون (قال في التذكرة) لان كل واحد منهما متصرف في جميع المال اما فيما يخصه فبحق الملك واما في غيره فبحق الاذن من ذلك الغير فهو وكيل عن صاحبه وموكل لصاحبه في التصرف في ماله ونحوه ما في التحرير وجامع المقاصد (وفيه) ان ذلك غير معتبر في الشركة بل يكفي جواز التصرف من احدهما ﴿ قوله ﴾ (والصيغة وهي مايدل على الاذن في التصرف) كما في التذكرة وجامع المقاصد والمسالك وكذا التحرير غير أنه قال ويكفي في الصيغة مايدل على الرضا بالمزج وهو نوع من التصرف وستعرف الحال في ذلك وعلله في التذكرة بما حاصله من أن الاصل عصمة الاموال على أربابها فلا يصح التصرف فيها الا باذنهم وانما يعلم الرضا والاذن باللفظ الدال عليه لان الافعال لادلالة لها وهذه الصيغة قد تكون قبل المزج فتدل على الرضا به وبالتصرف للاستنماء والاسترباح وقد تكون بعد المزج فتدل على التصرف المذكور اذ لايشترط تقدمه عندنا كما في جامع المقاصد ولا كونه في مجلس العقد وقد خلت بقية الكتب عن اشتراط الصيغة ولعله لأنها من العقود الجائزة فيكفي فيها ما يدل على الاذن ولا يحتاج الى قبول لفظي ولا الى المقارنة ولا كون اللفظ منهما معا في مجلس واحد خلافا لبعض العامة فلا يحتاج فيها الى بيان الصيغة وقد ظن بعضهم ان المراد بها اختلاط المالين وامتزاجهما فلا تحتاج الى عقد ولا الى عاقد كما تقدم وقد عرفت المراد منها وفي (مجمع البرهان) ان العلم بالاذن والرضا ليس منحصرا في اللفظ بل يعلم بالاشارة والفعل والكتابة وهو ظاهر فكانه يريد في التذكرة اللفظ وما يقوم مقامه ولهذا اكتفى باشتركنا مع انه اعم اذ الشركة تحصل بالاختيار وغيره ولاتستلزم بمجردها الاذن في التصرف فقد اكتفى في هذا بالقرائن وان لم يكن اللفظ صريحا في ذلك فعلم ان المدار على العلم بالرضا والاذن كما في الوكالة انتهى (قلت) ستعرف ان اشتركنا صريح في الشركة الاختيارية ﴿ قوله ﴾ (ويكفي قولهما اشتركنا) بان يقول كل منهما اشتركنا وقد قربه في التذكرة وقواه في جامع المقاصد وهو ظاهر وقد يظهر من التحرير وقد سمعت كلامه آنفا حيث قال ويكفي الى آخره لانه يفهم منه المقصود عرفا وهو اظهر وجهي الشافعية وبه قال ابوحنيفة والوجه الثاني للشافعية أنه لا يكفي لقصور اللفظ عن الاذن واحتمال قصد الاخبار عن حصول الشركة في المال من غير الاختيار ولايلزم من حصول الشركة جواز التصرف كما لو ورثا مالا أو اشتريا صفقة واحدة فانهما ملكانه وليس لاحدهما التصرف الا باذن صاحبه (وفيه) ان المقصود الاصلي من هذه الشركة الاسترباح والاستنماء ولا يكون ذلك الا بالتصرف خصوصا مالا ينمو بنفسه وتخلف الحكم في الارث والشراء ليس بقادح لان الكلام في الشركة الاختيارية التي يتحقق القصد فيها الى مزج المالين ولان الكلام في اشتركنا حيث يكون انشاء وحينئذ لايحتمل قصد الاخبار ويتعين أن يكون المراد منه جواز التصرف والا فلا معنى له لان المزج لايكون به فليلحظ وهل يكفي أن يقول أحدهما اشتركنا فيقول الآخر قبلت أونعم (قال في جامع المقاصد) لم أجد في ذلك تصريحا وينبغي أن يكون قبلت غير كاف لانه وكيل وموكل فلايكفي ذلك في الايجاب (قلت) قد تقدم أنه يكفي التصرف من أحدهما فيكون ذلك كافيا اذا اراد ان يتصرف أحدهما واما نعم

(والمال) وهو كلما يرتفع الامتياز مع مزجه سواء كان أثمانا او عروضا او فلوسا (متن)

فيحتمل كفايته من حيث ان الجملة تحذف بعدها ﴿قوله﴾ ﴿ والمال وهو كل مايرتفع الامتياز مع مزجه سواء كان أثماناأو عروضا اوفلوسا ﴾ لا ريب أنه من أركان الشركة وجود المال فلا بد من مال من الجانبين كما طفحت به عباراتهم وقد نطقت به الاجماعات الآتية بل هو ضروري وفي (الكافي والتنبيه والسرائر والتذكرة) في موضع منهما وكذا الارشاد أنه لابد من اتحادهما في الجنس وفي (الغنية) الاجماع على اشتراطه (وفي المبسوط والوسيلة والسرائر ايضا وجامع الشرائع والشرائع والتذكرة ايضا وجامع المقاصد والمسالك والكفاية) انه لابد من اتحاد الجنس والصفة بحيث لو مزجا لاارتفع الامتياز وفي (السرائر) الاجماع على اشتراط الاتحاد فيهما وفي (الخلاف) ان ذلك مجمع على انعقاد الشركة (بهظ) ولم يحك في التذكرة على ذلك اجماع وقد حكى في الرياض الاجماع على عدم صحة الشركة في الاموال الامع الاتحاد في الجنس والصفة عن التنبية والخلاف والسرائر والتذكرة ومن لحظ ماحكيناه عرف انه خلط وان قلمه جرى في الغلط وقد خلت بقية العبارات عن ذلك كله وقد طفحت عباراتهم كالمبسوط والخلاف والكافي والوسيلة والغنية والسرائر وغيرها بانها لاتصح بدون المزج وانها انما تصح مع المزج وادعى في الغنية والسرائر الاجماع على ان من شرطها خلط المالين حتى يصيرا مالا واحدا (وفي التذكرة وظاهر جامع المقاصد) الاجماع على انها لاتصح بدون مزج المالين وفي (الخلاف) ان ذلك مجمع عليه (قال في النافع) تصح مع امتزاج المالين المتجانسين على وجه لايمتاز أحدهما عن الآخر انتهى فليتأمل والحاصل ان كلمتهم متفقة على ان المزج شرط في الصحة ومتى لم يخلطاه لم تصح وما خالف في ذلك الا ابو حنيفة وصاحب الحدائق قال (الاول) اذا قالا قد اشتركنا انعقدت الشركة وان لم يمزجا كالوكالة وفيه ان الشركة ليس من شرطها ان يكون من جهة الوكيل مال وقال (الثاني) انا لم نظفر لهم بدليل على ماذكروه من اشتراط التجانس والامتزاج بل ظاهر الاخبار العموم ومع ذلك قال ان الاصحاب جروا على ابحاث مخالفيهم (وفي مجمع البرهان) أن في اشتراط التساوي في الجنس تأملا لانه يجري في غير المتجانسين حيث يرتفع المائز قال ويؤيده ان ليس الا الاشتباه وهو مشترك وأيضا قد يحصل التفاوت قيمة ووصفا في المتجانسين وحكى عن التذكرة أنه قال فيما تذنيب اذا اشتركا فيما لامثل له كالثياب وحصل المزج الرافع للتميز تحققت الشركة وقال انه يعلم من ذلك أن عقد الشركة يتحقق في غير المتجانسين من العروض (قلت) كانه لم يلحظ الكتاب ولا التحرير ولا المبسوط ولا الشرائع (قال في التحرير والتذكرة) الشركة جائزة في النقدين اجماعا وكذا في العروض عندنا سواء كانت من ذوات الامثال ومن غيرها على وجه لايمكن التمييز معه ومثله بما اذا مزجهما مزجا يحصل معه الاختلاط وظاهرهما وظاهر جامع المقاصد الاجماع على جريانها في العروض المثلية المتحدة بالجنس والصفة والقيمة وهو خيرة المسالك وظاهر اطلاق الكتاب وجزم في جامع الشرائع والشرائع بجريانها في المثلية وفي (المبسوط والخلاف) اذا كانت مكيلة أو موزونة وهو خيرة المسالك وظاهر اطلاق الكتاب ورجح في آخر كلامه في المبسوط عدم جريانها فيها أي في العروض ذوات الامثال من دون تفصيل وجزم فيه وفي جامع الشرائع والشرائع والكفاية بعدم جريانها في غير ذوات الامثال وهو قضية كلام الخلاف بل في المبسوط أنه لاخلاف في ذلك (وفيه) ان مالكا خالف في ذلك ويلزم من ذلك أن لاتجوز الشركة في الصوف والغزل والوبر والشعر والثياب

فلا يكفي مزج الصحيح بالقراضة ولا السمسم بالكتان ولا عند اختلاف السكة وتحصل الشركة بالمزج سواء كان اختيارا او اتفاقا والمختلف انما يتحقق فيه الشركة بالعقد الناقل كأن يبيع احدهما حصته مما في يده بحصة مما بيد الآخر (متن)

فانها غير مثلية مع أن حصول المزج مع عدم الامتياز هو الضابط على الظاهر في الباب ولاخصوصية للقيمي والمثلي في ذلك و به صرح في المسالك وكذا جامع المقاصد وقد استندفي عدم جريانها في القيميات الى ماذكره جمهور العامة من أن الشركة اما ان تقع على أعيانها أو أثمانها أو قيمتها لايجوز الاول لان الاعيان لاتختلط ولا الثاني لان الأثمان معدومة حالة العقد فلا يصح أن يراد ثمنها الذي اشتراها به لانه معدوم خرج عن ملكه ولا الذي يبيعها به لانه معدوم مجهول لم يملك ولا الثالث لان القيمة مجهولة وقد تزيد في احدهما قبل بيعه فيشاركه الآخر في ثمن العين التي هي ملكه وقالوا مثل ذلك في عدم جوازها في العروض ذوات الامثال (وقال في التذكرة) أنه غلط وأنا نقول أن الشركة تقع في غير ذوات الامثال في الاعيان اذا حصل الاشتباه عند الاختلاط كما هو الشأن في الامتزاج بغير الاختيار ثم قال في التذكرة انها تجوز في العروض ذوات الامثال عند علمائنا لانه يؤمن فيه المعاني السابقة المانعة من الشركة فيما لامثل له ويستفاد من ذلك عدم اشتراط عدم التميز في نفس الأمر بل يكتفي بعدمه في الظاهر وان وجد في نفس الأمر والواقع فيكون المراد من الشركة في مثل ذلك ان الشارع حكم بها لانه في نفس الامر كذلك كما نبهنا على ذلك في الكلام على التعريف ﴿قوله﴾ ﴿ فلا يكفي مزج الصحيح بالقراضة ولاالسمسم بالكتان ولاعند اختلاف السكة ﴾ لفقد ركن من أركان العقد وهو المزج الرافع للامتياز وقد صرح بعدم الكفاية في الثلاثة في التذكرة وجامع المقاصد و بالاولين صرح في التحرير وفي (التذكرة أيضا والمسالك) أنه لايكفي مزج الحنطة الحمراء بالبيضاء وان اتحد الجنس لامكان التخليص وان عسر والمراد بالقراضة بالضم ماسقط بالقرض و بالكتان بزره ﴿ قوله ﴾ ﴿ وتحصل الشركة بالمزج سواء كان اختياراً أو اتفاقا ﴾ كما في الشرائع والتذكره والتحرير والتنقيح وجامع المقاصد والمسالك وهو قضية كلام الباقين وحاصله أنه لا يشترط لصحة الشركة المزج بالاختيار فلو امتزج المالان اتفاقا اي من غير اختيار كما لو سقط أحدهما على الآخر أوورثا معا مالا ونحوذلك ثم عقدا الشركة بينهما صح ﴿قوله ﴾ ﴿والمختلف انما تتحقق فيه بالعقدالناقل كأن يبيع أحدهما مما في يده بحصة مما في يد الآخر ﴾ كما هو معنى مافي المبسوط وجامع الشرائع والشرائع والتذكرة والتحرير وجامع المقاصد والمسالك ليتحقق المزج الرافع للاشتراك بناء على أن الشركة فيه لاتتحقق بالامتزاج ومثله المثلي مع اختلاف الجنس أو الوصف وما ذكروه من الحيلة أحد الامثلة اذ مثل البيع الهبة وسائر العقود الناقلة ولايتعين لذلك بيع الحصة من أحدهما بالحصة من الآخر بل لو باع الحصة من أحدهما بثمن واشترى الحصة من الآخر به صح والمراد بالشركة في هذه الموارد الشركة بالمعنى الاعم لابمعنى العقد لان هذه انما تتحقق باللفظ الدال على الاذن في التصرف بعد ذلك ثم عد الى العبارة ففي بعض النسخ على ما حكي في جامع المقاصد بان يبيع وهذه كعبارة الشرائع ونحوها قد يستفاد منها التخصص فنسخة كان أولى وأحسن وكان الاولى به على مختاره في التذكرة والتحرير وظاهر الكتاب ترك انما كما ترك في الكتابين (قال في التحرير)قد تقع الشركة في الاعيان المتميزة بأن يبيع الى آخره وقال

ولو باعا بثمن واحد اوعملا باجرة واحدة تثبت الشركة سواء تساوت القيمتان او اختلفا ولكل منهما بقدر النسبة من القيمة واذا تميز عمل الصانع من صاحبه اختص باجرته ومع الاشتباه يحتمل التساوي والصلح ولا بد وان يكون رأس المال معلوما جنسا وقدرا معينا (متن)

في موضع آخر في بيان الشركة في العروض المثلية والقيمية مثل ان يبيع نصف سلعته بنصف سلعة صاحبه أو يمزجا مزجا يحصل معه الاختلاط (وقال في التذكرة) اذا أراد الشريكان الشركة في الاعيان المختلفة بالجنس باع كل منهما الى آخره ﴿ قوله ﴾ ﴿ ولو باعا بثمن واحد أو عملا باجرة واحدة ثبتت الشركة تساوت القيمتان أو اختلفتا ولكل منهما بقدر النسبة من القيمة ﴾ اما ثبوت الشركة بينهما سواء تساوت القيمتان أو اختلفتا فلتحقق المزج المعتبر الناشي عن البيع والاجارة الصحيحين لحصول العلم بمجموع الثمن الذي هو شرط وقد حصل وقد صرح بثبوتها فيما اذا عملا باجرة واحدة في الشرائع والمسالك وهذه وان اشبهت شركة الابدان بحسب الصورة لكنها في الواقع راجعة الى شركة الاموال اما اذا آجر كل واحد منهما نفسه منفردا واستحق أجرة منفردة ثم أدى اليهما مالا مشتركا فالشركة في المال خاصة صورة ومعنى والوجه في ان لكل منهما بقدر النسبة من القيمه واضح لانه يجب اعطاء كل ذي حق حقه وطريقه أن ينسب قيمة مال أحدهما أو عمله الى مجموع القيمتين وتأخذ بتلك النسبة من الثمن والاجرة ﴿ قوله ﴾ ﴿ واذا تميز عمل الصانع عن صاحبه اختص باجرته ومع الاشتباه يحتمل التساوي والصلح ﴾ كما في التذكرة لكنه قال فيها قبل ذلك تذنيب اذا اشتركا فيما لا مثل له كالثياب وحصل المزج الرافع للامتياز تحققت الشركة وكان المال بينهما فان علمت قيمة كل واحد منهما كان الرجوع الى نسبة تلك القيمة والا تساويا عملا باصالة التساوي وقضية هذا الاصل أن يحكم هنا بالتساوي أيضا بل هنا أولى لانهما اذا اشتركا في قلع هذه الشجرة ولم يعلم مقدار قوتهما فانه قد يقال ان الاصل عدم زيادة أحدهما على الآخر وان كان استواؤهما وتفاوتهما محتملين على حد سواء عند الانصاف ولا كذلك العروض المختلفة في الجنس فان تساويهما (تساويهما خ ل) في القيمة نادر جدا فلا أصل فيها اذ لا رجحان ولا غلبة لا بحسب العادة ولا نفس الامر نعم يتحقق فيما اذا اشتركا في السبب المملك كما اذا اقر لهما أو أوصى أو وقف عليهما لان نسبة ذلك اليهما على حد سواء ولان زيادة أحدهما على الآخر تتوقف على زيادة في الاقرار والوصية والوقف والاصل عدمها ولا كذلك ما نحن فيه ولا الذي ذكره في التذكرة فالصلح في الموضعين هو الاصح كما في المسالك ومجمع البرهان في تذنيب التذكرة وجامع المقاصد فيما نحن فيه ويحتمل القرعة كما في مجمع البرهان في تذنيب التذكرة ﴿ قوله ﴾ ﴿ ولا بد أن يكون رأس المال معلوما جنسا وقدرا معينا ﴾ اشتراط كون رأس المال معلوم الجنس والقدر لكل من الشريكين من متفردات الكتاب اذ في التذكرة والتحرير لا يشترط العلم حالة العقد بمقدار النصيبين بان يعرف هل ماله مساو لمال الآخر أو أقل أو أكثر وهل هو نصفه أو ثلثه ولا مقداره كم هو اذا أمكن معرفته من بعد لان الحق لا يعدوهما فالاعيان مشتركة مجهولة كالمثمنات و بذلك صرح في المفاتيح وهو أظهر وجهي الشافعية وقد لحظت كتب الاصحاب من المقنع الى الرياض مما حضرني منها فلم أجد أحدا صرح بما في الكتاب ولا بما في التذكرة والتحرير بل ظاهر أكثرها عدم اشتراط شيء من ذلك حيث يعدون الشرط ولا يشيرون الى ذلك بل في جامع المقاصد أنه لا يبعد لاشتراط ما في التذكرة وجها وكانه لم

فلا يصح في المجهول ولا الجزاف ولا الغائب ولا الدين ولا يشترط التساوي قدراً ويشترط امتزاجهما
﴿ الفصل الثاني في الاحكام ﴾ لا يجوز لاحد الشريكين التصرف في المال الممتزج الا باذن صاحبه

يلحظ جميع كلامه في التحرير فانه قال في موضع آخر منه مثل ما قاله في التذكرة كما سمعت ويشهد على ذلك أنه قال ان كلام التحرير يقرب مما اختاره هو (وكيف كان) فالوجه فيما اختاره المصنف ان الآذن لا يدري في أي شيء أذن والمأذون لا يدري ما ذا يستفيد بالاذن ووجه العدم ان الشركة ليست من عقود المعاوضات وانما هي في معنى التوكيل فلا تقدح في صحتها الجهالة فاذا كان هناك مال مشترك بين اثنين وكان كل واحد منهما جاهلا بقدر حصته فلا مانع من أن يأذن كل واحد منهما لصاحبه في التصرف في جميع المال لان الحق لهما وقد تراضيا على ذلك ويكون حال الربح كحال الاصل ﴿ قوله ﴾ ﴿ فلا يصح في المجهول ولا الجزاف ﴾ كما وقع مثل ذلك في كلام العامة والتذكرة والتحرير وقد قيده في الكتابين بما اذا لم يمكن العلم به بعد المزج وفي (جامع المقاصد) ان المجهول مغن عن الجزاف (قلت) قد فرعوا عدم الصحة في المجهول على اشتراط العلم بالجنس كما اذا لم يعلم أنه ذهب أو فضة وان علما قدره وفي الجزاف على اشتراط العلم بالقدر كما اذا مزجا المالين جزافا وان علما جنسه ﴿ قوله ﴾ ﴿ ولا الغائب والدين ﴾ كما في التذكرة والتحرير ولعله يريد هنا أنه لما اشترط كون رأس المال معلوم الجنس والقدر لما عرفت من التوجيه قضى ذلك عنده بلحن الخطاب أو فحواه أنه لا بد من التعيين بذكر الاوصاف الرافعة للجهالة ان لم يكن مشاهدا فلو تعاقدا على المال الغائب الغير الموصوف لم يصح وكذا الحال في الدين فصح التفريع لكنه وجه المنع فيهما في التذكرة بانتفاء المزج فيهما لتوقفه على الحضور عند المالكين أو وكيلهما فليتأمل وفي (جامع المقاصد) ان عطف الغائب والدين على المجهول والجزاف يؤذن بأنهما متفرعان على اشتراط كون رأس المال معينا وهو غير مستقيم كما لا يخفى انتهى (قلت) فيصير التقدير في العبارة لا بد من كون رأس المال معلوم الجنس والمقدار ومن كونه معينا اذا لم يكن مشاهدا ولما لم يكن فيها التصريح بذلك لم يستقم التفريع وقد عرفت التوجيه (وكيف كان) فلا نجد مانعا من صحة الشركة في الدين لقبوله لتعلق الوكالة به وكون أحد المالين غير مميز عن الآخر ﴿ قوله ﴾ ﴿ ولا يشترط التساوي قدرا ﴾ كما في الخلاف والمبسوط وجامع الشرائع والتذكرة والتحرير وغيرها وفي (جامع المقاصد) الاجماع عليه وبه أي الحكم طفحت عباراتهم من المقنعة الى الرياض فيما اذا تفاضلا في الربح كما يأتي ان شاء الله تعالى والمخالف انما هو الشافعية في أحد القولين فالاجماع عليه محصل معلوم ﴿ قوله ﴾ ﴿ ويشترط امتزاجهما ﴾ لعله يريد أنه يشترط امتزاج المتفاضلين كما يشترط امتزاج المتساويين والا فهو مستغنى عنه بما تقدم

﴿ الفصل الثاني في الاحكام ﴾

﴿ قوله ﴾ ﴿ ولا يجوز لاحد الشريكين التصرف في المال الممتزج الا باذن صاحبه ﴾ كما طفحت بهذا المعنى عباراتهم غير أنه قال في المبسوط اذا عقدا الشركة على المالين وخلطاهما كان لكل منهما أن يتصرف في نصيبه وليس له أن يتصرف في نصيب شريكه والتأويل ممكن والوجه ظاهر اذ لا يصح التصرف في مال الغير بغير اذنه ولا فرق في ذلك بين كون الشركة بمزج أو غيره ولا بالمزج بين كونه بخلطهما أو غيره فوصف المال بالممتزج في العبارة وجامع الشرائع والنافع لبيان أن مجرد

فان اختص احدهما بالاذن اختص بالتصرف وان اشترك اشترك ويقتصر المأذون على ماأذن له فلو عين له جهة السفر اوبيع على وجه أوشراء جنس لم يجز التجاوز ولو شرطا الاجتماع لم يجز لاحدهما الانفراد ولو اطلق الاذن تصرف كيف شاء ويضمن لو تجاوز المحدود ويجوز الرجوع في الاذن والمطالبة بالقسمة (متن)

الامتزاج غير كاف في جواز التصرف ولهذا علق الحكم بمنع التصرف على وصف المزج فاندفع اعتراض الرياض على النافع ﴿ قوله ﴾ ﴿فان اختص أحدهما بالاذن اختص بالتصرف﴾ كما في التذكرة وجامع المقاصد وهو معنى ما في النهاية والغنية والسرائر وجامع الشرائع والتحرير من قولهم أنه متى اشترط أن يكون المتصرف فيه أحدهما لم يجز للآخر التصرف فيه الا بأذنه وفي (الغنية) الاجماع عليه ﴿ قوله ﴾ ﴿وان اشترك اشترك﴾ أي ان اشترك كل منهما في الاذن اشترك في التصرف كما في التذكرة وجامع الشرائع وجامع المقاصد ومعنى ما في التحرير ﴿ قوله ﴾ ﴿ويقتصر المأذون على ما أذن له﴾ كما في الوسيلة والشرائع والنافع والتذكرة والتبصرة واللمعة والروضة وهو معنى ما في المبسوط الغنية والسرائر والارشاد والروضة ومجمع البرهان وفي (الغنية) الاجماع عليه ﴿ قوله ﴾ ﴿فلو عين له جهة السفر أو بيع أو شراء جنس لم يجز التجاوز﴾ كما في الشرائع والتذكرة والمسالك وهو معنى ما في النهاية والمبسوط والغنية والسرائر وجامع الشرائع والتحرير وفي (الغنية) الاجماع عليه ولا فرق مع تعيين الجهة والنوع بين أن ينهاه عن غيرهما ويسكت عنه ابقاء المتروك على أصل المنع ﴿ قوله ﴾ ﴿ولو شرط الاجتماع لم يجز لاحدهما الانفراد﴾ كما في النهاية والغنية والسرائر والشرائع والنافع والتذكرة والتحرير وفي (الغنية) الاجماع عليه ﴿ قوله ﴾ ﴿ولو اطلق الاذن تصرف كيف شاء﴾ كما في المبسوط والشرائع والتذكرة والتحرير والمسالك وكذا جامع الشرائع والنافع وهو معنى ما في النهاية لأنه وكيل مطلق أو كالوكيل المطلق وهو يتناول اطلاق اللفظ السفر حيث شاء أم يمنع منه مطلقا الا باذن خاصة وجهان أجودهما الثاني كما هو خيرة جامع المقاصد اذ الاطلاق ينزل على الامور الغالبة بشرط مراعاة المصلحة كالوكيل وهو مظنة الخطر فلا يكفي فيه الاطلاق ولا يجوز له الاقراض ولا المحاباة في البيع ولا المضاربة عليه لأنها ليست من توابع التجارة الا أن تقضي المصلحة بشيء من ذلك ولم يتيسر استئذان المالك فتأمل ﴿ قوله ﴾ ﴿ويضمن لو تجاوز المحدود﴾ وهو معنى ما في النهاية والمبسوط والكافي والوسيلة والغنية والسرائر وجامع الشرائع والشرائع والنافع والتذكرة والتحرير والارشاد واللمعة والمسالك والروض والروضة ومجمع البرهان وغيرها وفي (الغنية) الاجماع عليه ولا فرق في التحديد بين أن يدل عليه عموم اللفظ أو خصوصه فلو سافر اعتمادا على اطلاق الاذن وقلنا أنه يتناوله كما هو الظاهر ضمن ﴿ قوله ﴾ ﴿ويجوز الرجوع في الاذن والمطالبة بالقسمة﴾ كما في الشرائع والتحرير والارشاد وجامع المقاصد والروض والمسالك ومجمع البرهان وهو معنى ما في المقنعة والكافي والمبسوط والنافع وجامع الشرائع والتذكرة واللمعة والروضة وقد طفحت عباراتهم بأنها عقد جائز كما ستسمع لانها في المعنى توكيل وتوكل فيصح العزل والرجوع بقوله لا تتصرف وعزلتك وفي (المبسوط والتذكرة ومجمع البرهان) ما حاصله لو قال أحدهما لصاحبه عزلتك عن التصرف انعزل المخاطب ولا ينعزل العازل الا بعزل صاحبه (وقال في التذكرة) انه لو قال أحدهما فسخت الشركة ارتفع

اذ الشركة من العقود الجائزة من الطرفين وليس لاحدهما مطالبة الشريك باقامة راس المال بل يقتسمان الاعراض اذا لم يتفقا على البيع وينفسخ بالجنون والموت ولا يصح التأجيل فيها ويقسط الربح والخسران على الاموال بالنسبة (متن)

العقد وانفسخ من تلك الحال وانعزلا جميعا عن التصرف لارتفاع العقد انتهى وفي (مجمع البرهان) انه لو عزل نفسه انعزل والظاهر أنه لا يحتاج حينئذ للتصرف الى اذن جديد (قلت) هذا مبني على ان الوكيل ينعزل بعزله نفسه وانه اذا بدا له وأراد التصرف جاز له ذلك الا أن يعلم الموكل ويرضى بعزله (وكيف كان) هل ينفسخ بالمطالبة فيه وجهان ﴿ قوله ﴾ ﴿ اذ الشركة من العقود الجائزة من الطرفين ﴾ اجماعا كما في الغنية والتذكرة وحكاه في مجمع البرهان عن التذكرة مستدلا به ومستندا اليه وقد طفحت بالحكم (جملة فقط) من عباراتهم كالسرائر وجامع الشرائع والشرائع والنافع والتحرير والارشاد وشرحه وجامع المقاصد والمسالك وغيرها وهو قضية أكثر كلماتهم كما سمعت آنفا ﴿ قوله ﴾ ﴿ وليس لاحدهما مطالبة الشريك باقامة رأس المال بل يقتسمان الاعراض اذا لم يتفقا على البيع ﴾ كما في الشرائع وهو معنى ما في المبسوط والوسيلة وجامع الشرائع والتذكرة والتحرير والارشاد وجامع المقاصد والروض ومجمع البرهان والكفاية وهو قضية كلام غيرها للاصل السالم عن المعارض ولانه تكليف فيحتاج الى دليل ﴿ قوله ﴾ ﴿ وتنفسخ بالجنون والموت ﴾ قد صرح بانفساخها بالموت في المقنعة والنهاية والمبسوط والمراسم والكافي والغنية والنافع وفي (الغنية) الاجماع عليه ومعناه ان عرض لاحدهما وقد صرح بانفساخها به و بالجنون في الشرائع والتذكرة والتحرير والارشاد وجامع المقاصد والمسالك ومجمع البرهان والكفاية وزيد في التذكرة انفساخها بالاغماء والحجر والسفه وزيد في التحرير وجامع المقاصد والمسالك على الثلاثة المذكورة انفساخها بالفلس والوجه في الجميع انها عبارة عن توكيل وتوكل والمراد بانفساخها ارتفاع ما اقتضاه عقدها من جواز التصرف ﴿ قوله ﴾ ﴿ ولا يصح التأجيل فيها ﴾ كما في الشرائع والتذكرة والمختلف والتنقيح وجامع المقاصد والمسالك والكفاية والمفاتيح والمراد بعدم صحته عدم ترتب أثره ولزومها الى الاجل لانها عقد جائز فلا يؤثر شرط التأجيل فيها بل لكل فسخها قبل الاجل وهو معنى قوله في السرائر لايلزم فيها شرط الاجل وقوله في الغنية لاتلزم مؤجلة اجماعا وقوله في الكافي لاتأثير للتأجيل في عقد الشركة وعليه ينزل ما في المقنعة والنهاية حيث قالا فيها الشركة بالتأجيل باطلة وقوله في النافع لاتصح مؤجلة بأن يكون المراد من العبارات الثلاث بطلان التأجيل بمعنى عدم لزومها الى الاجل لا ان عقد الشركة باطل وكذا قال في المقنعة عقيب ذلك ولكل واحد من الشريكين فراق صاحبه أي وقت شاء ومن الاحتمالات الواهية حمل العبارات الثلاث على ما اذا اشترطا لزومها الى الاجل فتفسد هي أيضا لان الاذن منهما في التصرف مبني على اشتراطهما اللزوم وتوهمهما صحة الشرط وحيث فسد فسد المشروط وقوله في الكافي لاتأثير للتأجيل معناه لاتأثير له في اللزوم والا فله أثر آخر وهو عدم جواز تصرفهما بعده الا باذن مستأنف لعدم تناول الاذن له ﴿ قوله ﴾ ﴿ ويقسط الربح والخسران على الاموال بالنسبة ﴾ يعني اطلاق عقد الشركة يقتضي التقسيط المذكور وهذا هو المراد من عبارة المقنعة والانتصار والكافي والمراسم والنهاية والخلاف والمبسوط والوسيلة والغنية والسرائر وجامع الشرائع والشرائع والنافع والتذكرة

ولو شرطا التفاوت مع تساوي المالين او التساوي مع تفاوته فالاقرب جوازه ان عملا او احدهما سواء شرطت الزيادة له او للآخر (متن)

والتحرير والارشاد وشرحه لولده والتبصرة والمختلف والايضاح واللمعة وغاية المراد والمهذب البارع والمقتصر والتنقيح وايضاح النافع وجامع المقاصد وتعليق الارشاد والروض والمسالك والروضة ومجمع البرهان والكفاية والمفاتيح والرياض وان اختلفت في التعبير عن ذلك في الصراحة والظهور والقصور اذ في اللمعة ولو اختلف المالان اختلف الربح ومن المعلوم ان ذلك لايستلزم كونه على النسبة وهكذا غيرها (وكيف كان) فلاخلاف في ذلك أصلا الا من بعض العامة كما ستسمع (وفي الخلاف والغنية وشرح الارشاد) للفخر الاجماع على الامرين وفي (التحرير) الاجماع على ان الربح تابع لاصل المال وقضية اطلاق العبارات أنه لافرق في تقسيط الربح والخسران على رأس المال بالنسبة بين ان يتساويا في العمل أو يتفاوتا أو يعمل أحدهما دون الآخر ولا يعمل بل ينمو المال بنفسه لان الربح نماء المال والعمل تابع فيقسم الربح على المالين المتفاوتين بالنسبة مع تساوي العملين مع تفاوتهما بل مع عدم عمل أحدهما ويكون صاحب العمل وصاحب الزيادة فيه متبرعا بالعمل أو الزيادة وكذلك الحال اذا تساوى المالان واحتمال ثبوت أجرة المثل منفي بالاصل والمخالف في ذلك أبو القاسم الأنماطي من الشافعية قال لايجوز الشركة حتى يتساوى المالان في القدر والعمل لان الربح يحصل بالمال والعمل ولا يجوز ان يختلفا في الربح مع تساويهما في المال فكذا لايجوز ان يختلفا في الربح مع استوائهما في العمل ورده في التذكرة بان الاصل في هذه الشركة المال والعمل تابع فلا يضر اختلافه كما يجوز مع تساويهما في المال ان يقسم الربح بينهما على السواء وان عمل أحدهما أكثر عند الكل ويبقى الكلام فيما اذا نمى المال بنفسه من دون عمل أصلا فاني لم أجد أحداً تعرض له الا صاحب جامع المقاصد فيما يأتي ان شاء الله تعالى في مقام آخر وقضية القواعد ان النماء لهما على نسبة الاموال ايضا وانما تركوه لظهوره ﴿قوله﴾ ﴿ولو شرطا التفاوت مع تساوي المالين أو التساوي مع تفاوته فالاقرب جوازه ان عملا أو أحدهما سواء شرطت الزيادة له أو للآخر﴾ اذا شرطا تساوي الربح مع تفاوت المالين أو تفاوتهما في الربح مع تساويهما فالاصحاب في ذلك على أنحاء (الاول) الصحة وبها صرح في الانتصار في الشق الثاني ولعله يلزمه القول بها في الاول كما نسبوه اليه ولا يحضرني ذلك وان لزمه ذلك وهو أي القول بالصحة في الامرين خيرة أبي علي فيما حكي عن ظاهره ولم تحك عبارته ووالد المصنف فيما حكى هو وولده عنه والتذكرة والتحرير والتبصرة والكتاب والمختلف والايضاح والمقتصر وايضاح النافع ومجمع البرهان والكفاية وهو ظاهر الارشاد وكأنه قال به أو مال اليه في المفاتيح ويأتي عن جماعة في باب المضاربة عند قوله ولو قارض اثنان واحدا ما يلزم منه القول بالصحة هنا وفي (الانتصار) الاجماع على ماحكيناه عنه وظاهر التذكرة في مقام آخر الاجماع على ماحكيناه عنها وقد تظهر دعوى الاجماع من ايضاح النافع حيث قال حيث يصح الشرط جزما ولم في باب الصلح عبارات قد تدل على ذلك منها عبارة الشرائع والنافع ومن الغريب أنه في صلح الروضة حكاه عن الشيخ (الثاني) ما في الخلاف والمبسوط والسرائر والشرائع وشرح الارشاد للفخر واللمعة والتنقيح وجامع المقاصد وتعليق الارشاد والروضة من ان الشركة تكون باطلة وفي (السرائر) نسبته الى الاكثر ولم نجده لاحد غير الشيخ ولعله يدعي ان أبا الصلاح وأبا المكارم موافقان له وقد فسر في الشرائع بطلان الشركة

ببطلان الشرط والتصرف وفي (الايضاح) ببطلان الاذن لكل واحد منهما في التصرف وكل المسال مجازا وفي (غاية المراد) ببطلان نفس الشرط وما يتوقف عليه كالاذن في التصرف وقالا في (الايضاح وغاية المراد) ليس الموصوف بالصحة والبطلان نفس الشركة الثانية اذ لا يمكن وقوعها على وجهين وقال في (جامع المقاصد) ان ذلك ليس بشيء بل الموصوف بذلك نفس عقد الشركة (قلت) قد تقدم بيان ذلك كله عند قوله وأركانها ثلاثة هذا وقد فسر البطلان في الروضة ببطلان الشرط قال ويتبعه بطلان الشركة وهو معنى ما في جامع المقاصد والمسالك من ان الموصوف بذلك نفس العقد اذ المراد به اللفظ الدال على الاذن في التصرف ومرجع ذلك كله الى بطلان الاذن وان الشركة الثانية هي الاذن في التصرف لا انها أمر آخر غير الاذن في التصرف حتى تبطل الاذن وتبقى الشركة الثانية كما ذكره الفخر والشهيد فكانت كلمة الجميع متفقة حتى الشرائع على بطلان الاذن (وفيه) انه اذا بطل الاذن يلزم انه لا يستحق أجرة لعمله الزائد على رأس ماله الا ان يقولوا ان الشركة في المسألة مركبة من الاذن والشرط الفاسد وفساد الشرط الذي هو أحد جزئيها يكفي في فسادها وهو غير مناف لبقاء الاذن وهو يوافق ما تقدم في مثله في باب الاجارة لكنه فيه نظر من وجهين الاول انه غير صريح كلامهم اذ هو صريح في رفع الاذن وبطلانها والثاني انه قول أبي الصلاح لانه يرجع الى القول بفساد الشرط خاصة فكان الاولى ان يعبروا به فلعلهم أرادوا ان هنا اذنين خاصاً وعاماً فالخاص الاذن المقيد بالربح الخاص والعام مطلق الاذن في التصرف والرضا به ورفع الخاص لا يستلزم رفع العام اذ عدم الاخص أعم من عدم الاعم فتعين ان يكون هذا هو مرادهم وتمام الكلام وتحريره في باب المضاربة والاجارة (الثالث) ما يفهم من الكافي والغنية وجامع الشرائع والنافع من صحة الشركة وعدم لزوم الشرط حيث قالوا لم يلزم الشرط وهو المحكي عن القاضي وفي (الغنية) الاجماع عليه ولا تغفل عما تقدم آنفا (الرابع) ما في الوسيلة وغاية المراد والروض والمسالك والمهذب البارع من عدم الترجيح لكن ذلك عادة الاخير وعن الواسطة انه لو كان التصرف من أحدهما أو منهما مع كون أحدهما أعرف بالتجارة فالقول قول المرتضى وقد استحسنه كاشف الرموز بعد ان حكاه عنه ولا يخفى ما في مفهومه ونحوه ما في التنقيح حيث صحح اشتراط الزيادة لصاحب الخبرة وقال انه يستفاد من كلام صاحب الوسيلة ولعله أراد في الواسطة ولعله نحو (الخامس) وهو قول أبي حنيفة لانه قضية دليله وقد جعل المصنف محل النزاع في المسألة ما اذا عملا أو أحدهما وفي (الشرائع) ما اذا عملا وفي (غاية المراد) ما اذا عملا معاً سواء قال اما لو عمل أحدهما وشرطت له الزيادة فالجواز ظاهر قلت وبه صرح في المبسوط وظاهر التذكرة الاجماع عليه وفي (الكفاية) انه لا خلاف فيه وفي (الرياض) نفيه على البت مع انه صرح في الغنية بعدم لزوم هذا الشرط أيضا بل قد يدعى انه داخل في معقد اجماعه وقد قال في الرياض ان صاحب الغنية قائل بالبطلان في أصل المسألة حيث قال لا يلزم فكيف ينفيه على البت وفي الشرائع وكذا الايضاح انه بالقراض أشبه (قلت) لكن الربح في مقابلة عمل فيكون العقد شركة وقراضا ويلزم مثله فيما اذا عملا معا وشرطت الزيادة لمن زاد في العمل اما مع تساوي المالين وزيادة عمله أو مع نقصان ماله مع تساويهما في العمل أو زيادته بطريق أولى وفي (شرح الارشاد) الاجماع على الصحة فيما اذا كان لمن شرط له الفضل زيادة عمل وهو يتناول الاقسام الثلاثة والوجه في ذلك اشتراك الجميع في كون الزيادة في الربح في مقابلة عمل فكان العقد عقد معاوضة من الجانبين بالنظر الى ان العمل متقوم بالمال وظاهر التذكرة الاجماع على صحة اشتراط زيادة الربح لقاصر العمل وقد أطلق

المنع من الصحة في الشرائع فيما اذا عملا وليس في محله لكنه (نفسه ظ) اطلاق المبسوط ومنه يعلم حال ماقي غاية المراد وظاهر الكفاية والرياض انه لاخلاف في الصحة اذا كان لصاحب الزيادة زيادة عمل ولعلهم استنبطوا هذه الاجماعات مما وجه به ابن ادريس والمتأخرون كلام الشيخ ومن وافقه كماستسمع ان شاء الله تعالى والا فكلامهم مطلق (قال في الخلاف والمبسوط) لايجوز ان يتفاضل الشريكان في الربح مع التساوي في المال ولا ان يتساويا فيه مع التفاضل في المال ومتى شرطا خلاف ذلك بطلت الشركة دليلنا ان ماقلناه مجمع على جوازه وليس على جواز ماذكروه دليل انتهى ولا تغفل عما حكينا عن المبسوط آنفا فيما اذا شرطت الزيادة لصاحب العمل ونحوه كلام غيره من القدماء بل اقتصر في الغنية على دعوى الاجماع وقضية مفهوم كلام الشرائع باطلاقه انهما لولم يعملا أصلا أو عمل أحدهما لم يحل تناول الزيادة وهو ظاهر اطلاق المبسوط أو يقال ان مفهوم كلام الشرائع لان كان قائلا بالبطلان انه اذا عمل أحدهما تحل الزيادة والنظر في المفهوم اليه لاالى اذا لم يعملا فتأمل وقضية كلام غاية المراد انهما لو تفاوتا في العمل فضلا عن ان لا يعملا أو يعمل أحدهما لم تحل الزيادة أو تقول ان النظر في المفهوم ليس الى اذا لم يعملا فتحل الزيادة فيما اذا تفاوتا في العمل أو عمل أحدهما وقضية كلام الكتاب أنه لولم يعمل واحد منهما لم يحل تناولها وانه لو عمل واحد منهما حل تناولها للعامل وغيره وهو مخالف كلام المبسوط والجماعة وقد سمعت اجماع التذكرة واجماع فخر الاسلام هذا وفي (جامع المقاصد) انه لم يجد التصريح بعدم حل تناولها لو لم يعمل واحد منهما قلت قد سمعت (مفهومي ظ) الشرائع وغاية المراد وقال ولعله نظر الى ان مقتضى الشركة انما يتحقق بالعمل فحينئذ يثبت الشرط اما اذا نمى المال المشترك بنفسه فلأنه (فانه خ ل) لماعلى نسبة الاستحقاق (وفيه) ان مقتضى عقد الشركة هو اباحة التصرف لانفس التصرف فان اقتضى العقد استحقاق المشروط فالحكم بصحته لم يتوقف على أمر آخر والا لم يستحق بالعمل اذ ليس في مقابله ولا اقتضاه العقد (قلت) لم ينظر المصنف الى ماذكر حتى يوجه عليه النظر والظاهر انه نظر الى ماستسمع هذا تحرير محل النزاع وما يتعلق به في كلام الاصحاب وأنت اذا لحظت كلام من تأخر وجدته قاصراً والنزاع فيه غير محرر واما حججهم فأقوى ما يستدل به القائلين بالصحة بعد صريح اجماع الانتصار وظاهر التذكرة وايضاح النافع وقولهم عليهم السلام المومنون عند شروطهم وقوله عزوجل أوفوا بالعقود ان المراد في الشركة على المال أو انه لاريب في زيادة النماء باجتماع الاموال وتكثرها وان ذلك أمر مطلوب لان من شرط له الاقل قد يحصل له بالاجتماع اكثر مما يحصل له بالانفراد وان الناس مسلطون على أموالهم فتكون الزيادة في مقابلة الزيادة الحاصلة بسبب الخلط والاذن في التصرف ليكون ربح شريكه حال اجتماعه وان شرط له الاقل اكثر منه حال انفراده فهذه زيادة في مقابلة زيادة جاء بها الشرط في عقد الشركة ولا يشترط في المقابلة ان تكون واقعية بل يكفي المقابلة التقديرية كما اذا أجره داره بمنفعة داره المساوية لداره والف درهم ونحو ذلك وهذا يتناول ما اذا شرطت الزيادة لغير صاحب العمل كما هو خيرة الكتاب فكانت تجارة وتكسبا عن تراض جاء بها الخلط اذ معنى التجارة التكسب وهو شرط لايخالف الكتاب والسنة في عقد الشركة فكان كسائر الشروط في سائر العقود وليس هناك منع واضح منه أو تقول ان هذا قال لا أعمل معك الا ان يكون لي ثلثا الربح مثلا وان كان عملك مساويا لعملي وخبرتك أحسن من خبرتي فتكون الزيادة في مقابلة عمله الذي لم يبذله الا بها فتكون شركة تشبه المضاربة كما ستسمعه عن المختلف ولهذا جعل

المحقق والمصنف والشهيد محل النزاع ما اذا عملا وهو شرط لايخالف كتابا ولا سنة بالتقريب المتقدم ومنه يعرف حال ماسمعته من جامع المقاصد آنفا حيث قال ولعله نظر الى آخره أو نقول ان المال هنا بمنزلة العمل في المضاربة فكما يجوز التفاوت في المضاربة بأن يجعل للعامل الاقل والاكثر يجوز هنا والقياس على الخسران قياس ومع الفارق لانه بمنزلة ان يشترط ان ماتلف من ماله الخاص به يكون من مال غيره على انه في الانتصار جوز اشتراط التفاوت في الوضيعة مع التساوي في المال وادعى عليه الاجماع وفي الاخبار مايدل عليه اذ هذا كله مع قطع النظر عن أخبار الباب والا ففي صحيحة الحلبي أو حسنته بابراهيم عن أبي عبد الله عليه السلام في رجلين اشتركا في مال فربحا فيه وربحا وكان من المال دين وعليهما دين فقال أحدهما لصاحبه أعطني رأس المال ولك الربح وعليك التوى فقال لا بأس اذا اشترطا فاذا كان شرطا يخالف كتاب الله فهو رد الى كتاب الله تعالى وقد روي بعدة طرق ايضا مع اختلاف يسير في متنه وقد فهم منه فخر الاسلام والمقدس الاردبيلي في باب الصلح ان المراد اذا اشترطا ذلك في عقد الشركة وحكى في الروضة عن الشيخ وجماعة ان الخبر باطلاقه دال على ذلك لكنه سهى في نسبته الى الشيخ وقد تأوله الاكثر في الباب المشار اليه ان المراد اذا تراضيا رضا يحصل به اللزوم كوقوعه في عقد صلح ونحوه كما ترى وبأن السر فيه خلو السؤال عن بيان رضا الآخر وانما اشتمل على صدور القول من أحدهما فنبه عليه السلام بذلك على انه لابد من رضا الطرفين واستدلوا به على صحة الصلح فيما اذا اصطلح الشريكان عند انقضاء الشركة على ان لاحدهما رأس المال على الكمال وللآخر الربح والخسران والذي دعاهم الى صرفه عن ظاهره والاستدلال به على ماسمعت أمران (الاول) انه لو أبقي على ظاهره لكان منافيا لمقتضى عقد الشركة اذ مقتضاها ان الربح والخسران تابعان لرأس المال (وفيه) ان ذلك انما هو عند الاطلاق لا عند الاشتراط والا لما اتفقوا على صحة الشرط اذا كان العمل من أحدهما أو كان أزيد عملا (الثاني) انه لو بقي على ظاهره لدل بمفهومه على ثبوت البأس لو وقع في غير عقد الشركة ومنه لو وقع بعقد الصلح عند ارادة القسمة (وفيه) ان المفهوم تابع للمنطوق والنظر في المنطوق الى عقد الشركة فمعناه انهما اذا لم يشترطا ذلك في خصوص عقد الشركة كان فيه بأس فقد تم الاستدلال واندفع الاشكال مضافا الى مافي الاستدلال به على ماذكروه من الاشكالات منها ان لاعوض في هذا الصلح ومنها ان الزيادة تكون بمنزلة الهبة وان الخسران بمنزلة الابراء وليس للقائلين بالمنع ان يقولوا انه شرط يخالف الكتاب والسنة من وجه آخر وهو ان النماء اذا كان تابعا لرأس المال فيكون قد شرط عليه ان مالا يملك الا بالتبعية ان يكون ملكا لصاحب الزيادة (فنقول) متى يملكها صاحب الزيادة أقبل الدخول في ملك صاحب الاصل أم بعده فان كان الاول كان مخالفا لما شرع الشارع لانه جعل ملك النماء تابعا لملك الاصل وان كان الثاني احتاج الى ناقل جديد (لانا نقول) انه يملكه بالظهور قبل الدخول كنماء الشجرة اذا صالح عليه قبل بروزه مثلا ويدلك على ذلك اجماعهم على الصحة فيما اذا كان لصاحب الزيادة عمل دون الآخر أو كان عمله أكثر بل ذلك منقوض بما يشترط للعامل في المضاربة فانه يملكه العامل وان كان تابعاً لرأس المال وظاهرهم بل صريحهم ان المسائل الثلاث جارية على الاصل لا خارجة بالاجماع كما ستعرف وأوهن شيء مافي الرياض من ان عموم الايفاء بالعقود والشروط لم يبق على ظاهره لان الشركة من العقود الجائزة وهو ينافي اللزوم لانه منقوض بما اذا كان العامل أحدهما وشرطا له الزيادة وبما

وقيل تبطل الا ان يشترط الزيادة للعامل (متن)

يشترط للعامل في المضاربة ولهذا عبر جماعة فيما نحن فيه بعدم لزوم الشرط وآخرون كالمصنف في المختلف بلزوم الشروط فيكون معناه انهما ان اختارا البقاء على الشركة لزم الشرط وهذا لاينافي جوازها كما هو الشأن في شرط المضاربة والوديعة والوكالة واستدل في المختلف على الصحة بأن الشركة بنيت على الارفاق ولو لم يشرع الجواز لفاتت هذه المصلحة بغير موجب ولا سبب وتحذلق صاحب الحدائق فاستدل على الصحة بأنها وعد فيجب الوفاء به وهو كما ترى (وأما حجة القائلين بالبطلان) فقد سمعت ان الشيخ استدل بأن التقسيط على قدر رأس المال مجمع عليه وليس على جواز خلافه دليل واستدل له في الايضاح بأن الشركة ليست عقدا في الحقيقة لوقوعها بدونه والتجارة عقد فلا تندرج تحت الآية وفساده ظاهر الا ان يكون أراد مافي السرائر من ان هذا ليس باجارة ولا مضاربة فيلزمه اعطاء ماشرط لان حقيقة المضاربة ان المال من رب المال ومن العامل العمل وهذا قد عمل فلا وجه لاستحقاقه الفاضل انتهى وغرضه أنها ليست عقد معاوضة كالاجارة والمضاربة حتى تضم الزيادة الى أحد العوضين (وحاصله) ان الزيادة ليس في مقابلها عوض والا فلا خلاف في أنها عقد كما عرفت في أول الباب فلم يتوجه عليه قوله في أنه لاينحصر العقد الصحيح في هذين على ما أدى اليه نظره الفاسد لانه لاخلاف في صحة عقد الشركة وانه قائم بنفسه انتهى فنظره في السرائر جيد جدا وبه تمسك من قال بالبطلان من المتأخرين كالمحقق والشهيد في غاية المراد والمحقق الثانى والشهيد الثاني ولهذا اطبقوا على الصحة فيما اذا كان صاحب الزيادة العامل لوجود المعاوضة حينئذ وقد أشار الى ذلك في الشرائع بقوله أنه بالقراض أشبه ثم قوله في المختلف في رد ابن ادريس أنها حينئذ شركة الاجارة والمضاربة متوجه لانه حاول فيه ادخال الشركة في عقد فيه معاوضة كما ذكرناه فى الاستدلال للقول بالصحة واستدل عليه في الرياض باجماع الغنية المعتضد بشهرة السرائر حيث نسبه فيها الى الاكثر وفيه نظر من وجوه (الاول) أنهما مرهونان بشهادة التتبع الا أن يكونا استنبطا ذلك من الاطلاقات وهو بتلك المكانة من الوهن (الثاني) ان الاجماع محكي على عدم لزوم الشرط كما عرفت والشهرة محكية على بطلان الشرط والشركة لكنك قد سمعت أنه نسبه الى الاكثر وفي استفادتها من ذلك نظر (الثالث) ان كلام الغنية والسرائر مضطرب اشد اضطراب يظهر ذلك لمن لحظ كلامهما وكلام الانتصار وفي الرد على المخالف حيث ان ذلك يقضي بالصحة والجواز (الرابع) ان في كلام الغنية اضطرابا لايرجى زواله وذلك ان ظاهره الاجماع على عدم لزوم الشرط حيث يكون العمل من أحدهما وقد عرفت ان الناس متسالمون على الصحة واللزوم لمكان وجود المعاوضة وبه تقضي دليل القائلين بالبطلان اذ عمدة أدلتهم كما عرفت ان الزيادة لاعوض لها وهنا قد تحقق العوض فقد ادعى الاجماع على خلاف معقد محل الاجماع ومنه يعلم أنه لم يحرر محل النزاع والاجماع والظاهر أنه حصل له هذا الاشتباه من كلام المبسوط حيث منع فيه حيث يكون العمل من احدهما كونه من باب القراض وقال أنه قراض باطل لمكان الاشاعة فتوهم ان الشركة أيضا باطلة مع أنه في المبسوط قبل ذلك صرح بصحة الشركة في الفرض المذكور وكيف كان فالاقرب هو الاقرب والاشبه باصول المذهب ولا بد من مراجعة المسئلة في باب الصلح ﴿قوله﴾ (وقيل تبطل الا أن يشترط الزيادة للعامل)

والشريك امين لا يضمن ما يتلف في يده الا بتعد أو تفريط ويقبل قوله في التلف وانه ادعى سببا ظاهرا كالغرق مع اليمين وعدم البينة وكذا لو ادعى عليه الخيانة (متن)

قد تقدم الكلام فيه مسبغا محررا وأنه قول الشيخ في المبسوط والمحقق في الشرائع ولم يتعرض للاستثناء في الخلاف والسرائر وعلى القول بالبطلان في الفرض المذكور يقسم الربح بينهما على نسبة المالين ثم يرجع العامل بنسبة مثل عمله من مال صاحبه سواء عملا أو احدهما و يتقاصان حيث يعملان وكذا ذكره جماعة من المتأخرين وفي (جامع المقاصد) نسبته الى الشيخ ولم نجده تعرض له في واحد من كتبه لكن فيما ذكره الجماعة اشكالا وهو أنه اذا عمل احدهما وشرط للآخر الزيادة فان العامل يكون متبرعا بعمله فلا أجرة له وكذا اذا عملا معا وشرطت الزيادة للآخر سواء ساوى عمله عمل صاحبه أو نقص عنه فان من شرطت له الزيادة يستحق الاجرة مع البطلان بسبب الشرط وأما الآخر فالظاهر أنه متبرع بعمله لانه دخل على أن يعمله بغير عوض فليلحظ ماتقدم في باب المساقات فيما اذا ساقى الشريك ولو اصطلحا بعد ظهور الربح على ما اشترطاه أولا أو على غيره صح الصلح كما تقدم في بابه وقد اسبغنا الكلام فيه في المسئلة محرراً ﴿ قوله ﴾ ﴿ والشريك أمين ﴾ كما في المقنعة والمبسوط والكافي والغنية والسرائر والتذكرة والتحرير والتبصرة واللمعة والروضة وغيرها وهو معنى مافي الشرائع وغيرها والنافع والارشاد من قولهم ولا يضمن الشريك ما يتلف في يده لانه امانة والوجه فيه أنه وكيل فيكون أمينا من قبل المالك وفي الكافي لاتجوز تهمته ﴿ قوله ﴾ ﴿ لايضمن مايتلف في يده الا بتعد أو تفريط ﴾ كما في الشرائع والنافع والتذكرة والتحرير واللمعة والمسالك والروضة والكفاية وفي (الرياض) ان عليه الاجماع في الغنية والروضة ولم أجد له ذكرا في الكتابين ﴿ قوله ﴾ ﴿ ويقبل قوله في التلف ﴾ كما في المبسوط وجامع الشرائع والشرائع والتذكرة والتحرير والارشاد وشرحيه واللمعة وجامع المقاصد والمسالك والروضة والكفاية ومجمع البرهان وهو معنى ما في الكافي والغنية والسرائر من ان القول قوله ووجهه أنه أمين كالمستودع وفي (الرياض) ان عليه الاجماع في الغنية والروضة وليس في الروضة ذكر واجماع الغنية قد يتناوله على بعد شديد وقد صرح في التذكرة بأنه يقبل قوله في الخسران وهو قضية اطلاق هذه الكتب الثلاثة بل وقضية كلام المبسوط وما ذكرناه بعده لانه اذا قبل قوله في التلف قبل في الخسران ﴿ قوله ﴾ ﴿ وان ادعى سببا ظاهرا كالغرق ﴾ كما في الشرائع والتذكرة والتحرير واللمعة وجامع المقاصد والمسالك والروضة ومجمع البرهان وهو قضية اطلاق الباقين لان الحكم بأمانته يقتضي قبول قوله في ذلك وأنه قد يكون صادقا في نفس الامر فلو لم يقبل منه لطولب بالبين وادى الى تخليده في الحبس فليتأمل وقد نبهوا بذلك على خلاف الشافعي حيث قال لايقبل قوله في السبب الظاهر الا بالبينة واما أنه يقبل قوله في التلف بالامر الخفي كالسرق ففي (الروضة) الاجماع عليه وقد نص عليه في الشرائع والتذكرة والتحرير وغيرها وهو قضية كلام الباقين ولا سيما من نص على قبول قوله في السبب الظاهر ﴿ قوله ﴾ ﴿ مع اليمين وعدم البينة ﴾ الوجه فيهما ظاهر وقضية أنه لاتقبل منه اليمين مع تمكنه من البينة وهو كذلك لانمدع ﴿ قوله ﴾ ﴿ وكذا لو ادعى عليه الخيانة ﴾ كما في المبسوط والسرائر والتحرير والارشاد والروض ومجمع البرهان لانه أمين والاصل فيه أنه لم يخن وأنه على امانته والمراد انه ادعى عليه أنه خانه بقدر معلوم حتى تكون دعواه محررة لتسمع فاذا عدم البينة كان القول قول المدعى عليه الخيانة مع اليمين وهل يقبل قوله

او التفريط ويقبل قوله في قصد ما اشتراه انه لنفسه او للشركة فان قال كان مال الشركة فخلصت بالقسمة فالقول قول الآخر في انكار القسمة فلو (ولو خل) أقر الآذن في قبض البائع به دونه برئ المشتري من نصيب الآذن لاعترافه بقبض وكيله ثم القول قول البائع في الخصومة بينه وبين المشتري وبينه وبين المقر ولا تقبل شهادة المقر عليه في حقه وان كان عدلا والا حلف واخذ من المشتري ولا يشاركه المقر ثم يحلف للمقر ولا تقبل شهادة المشتري له (متن)

في الرد مع اليمين لم أجد به تصريحا وقضية اطلاق كلام الكافي والغنية والسرائر وقد سمعته قبوله ولم يرجح في التذكرة والظاهر العدم لانه قبض لمصلحته فلم يكن كالمستودع من هذه الجهة وقال في مضاربة المبسوط ان الصحيح أن المضارب يقبل قوله في الرد وقال ان من قبض الشيء لمنفعة مالكه قبل قوله فيه قولا واحدا ومن قبضه ومعظم المنفعة له كالمرتهن والمكتري لم يقبل قوله فيه قولا واحداً وكل من قبضه ليشتركا في الانتفاع فعلى وجهين ﴿قوله﴾ ﴿والتفريط﴾ يعني أن القول قوله في انكاره التفريط كما في جامع الشرائع والتحرير والكفاية ﴿قوله﴾ ﴿ويقبل قوله في قصد ما اشتراه أنه لنفسه أو للشركة﴾ كما في المبسوط والسرائر وجامع الشرائع والشرائع والتذكرة والتحرير والارشاد واللمعة والروض وجامع المقاصد والمسالك والروضة ومجمع البرهان والكفاية لان مرجع ذلك الى قصده وهو أعلم به والاشتراك لا يمين التصرف بدون القصد وانما تتوجه دعواه عليه حتى يجب عليه الحلف اذا ادعى اقراره بذلك اذ لا يمكن الاطلاع على نيته والاول يقع عند ظهور الربح والثاني عند ظهور الخسران ﴿قوله﴾ ﴿فان قال كان مال الشركة فخلصت بالقسمة فالقول قول الآخر في انكار القسمة﴾ للاصل بمعنييه أعني أصل بقاء الشركة وأصل عدم القسمة فعلى مدعيها البينة ولو كان في أيديهما مال أو في يد احدهما فقال كل واحد منهما هذا نصيبي من مال الشركة وأنت اخذت نصيبك حلف كل منهما لصاحبه وكان المال بينهما ولا يخفى ان يد احدهما يد لهما ﴿قوله﴾ ﴿ولو اقر الآذن في قبض البائع به دونه برئ المشتري من نصيب الآذن لاعترافه بقبض وكيله ثم القول قول البائع في الخصومة بينه وبين المشتري وبينه وبين المقر وتقبل شهادة المقر عليه في حقه ان كان عدلا والا حلف البائع واخذ من المشتري ولا يشاركه المقر ثم يحلف للمقر ولا تقبل شهادة المشتري له﴾ كما ذكر جميع ذلك في التذكرة وجامع المقاصد والمسالك مع زيادة ايضاح واقتصر في الشرائع على ذكر الخصومة بين المشتري والبائع ونحوه ما في جامع الشرائع وكذا التحرير والاصل في ذلك كلام المبسوط قال اذا كان عبد بين شريكين فاذن احدهما لصاحبه في بيع حصته من العبد مع حصة نفسه وقبض ثمنها فباعه بألف درهم صح البيع ثم أن شريك البائع اقر بان شريكه البائع قبض جميع الثمن من المشتري وادعى ذلك المشتري فان المشتري يبرء من نصف الثمن وهو حصة المقر وانما كان كذلك لامرين (احدهما) ان البائع وكيله في قبض ثمن حصته والموكل اذا اقر بقبض الوكيل فهو كما لو اقر بقبض نفسه (والثاني) اقراره يتضمن ابراءه عن حصته وهو لو ابرأه برأ وكذلك اذا تلفظ بما يتضمن الابراء فاذا ثبت هذا فان بدء بمخاصمة المشتري او لا فانكر القبض وادعاه المشتري كان القول قول البائع مع يمينه لان الاصل انه ما قبض شيئا وعلى المشتري اقامة البينة فان اقام عليه البينة اما شاهدين او شاهدا وامرأتين او شاهدا ويمين المشتري قبل ذلك ويثبت ان البائع قد قبض

منه الثمن فان شهد له بذلك شريك البائع المقر فهل تقبل شهادته ام لا قيل فيه وجهان
أحدهما لا تقبل لانه شهد بقبض الف درهم نصفها له فهو متهم والشهادة اذا رد بعضها ردجميعها والآخر
انها تقبل لان التهمة في أحد النصفين دون الآخر فتسقط في موضع التهمة وتثبت في غيرها فعلى هذا
يحلف معه ويثبت القبض بذلك فاما اذا لم يكن بينة كان القول قول البائع مع يمينه فاذا حلف رجع
على المشتري بنصف الثمن وسلم له ذلك ولم يرجع عليه شريكه بشيء منه لانه مقر بأنه أخذه من
المشتري ظلما وان نكل ردت اليمين على المشتري وحلف وثبت القبض بذلك فاذا فرغ من خصومة
المشتري عاد الى خصومة شريكه وشريكه يدعي عليه القبض وهو ينكر فيكون القول قوله مع يمينه
لما ذكرناه وعلى شريكه البينة فان أقام شاهدين أو شاهدا وامرأتين أو شاهدا ويمينا ثبت القبض
ورجع بحقه وان لم يكن بينة حلف البائع فاذا حلف أسقط دعواه عن نفسه فان نكل حلف شريكه
وثبت القبض بذلك ورجع عليه بحقه هذا اذا بدء بمخاصمة المشتري ثم ثنى بمخاصمة شريكه
فاما اذا بدء أولا بمخاصمة شريكه ثم ثنى بمخاصمة المشتري فالحكم فيه على ما ذكرناه واذا ثبت
هذا فمتى أقام المشتري أو الشريك شاهدين على القبض ثبت القبض في حق من أقامها وفي حق صاحبه
وان حلف الشريك أو المشتري مع الشاهد الواحد ومع النكول ثبت القبض في حقه ولم يثبت في حق
الآخر وكانت المحاكمة باقية بين البائع وبين الشريك أو المشتري انتهى نحوره في الشرائع قال لو باع أحد
الشريكين سلعة بينهما وهو وكيل في القبض وادعى المشتري تسليم الثمن الى البائع وصدقه الشريك
برأ المشتري من حقه وقبلت شهادته على القابض في النصف الآخر وهو حصة البائع ونحوه كلام ابن عمه
ومثله ما في التحرير وهو تحرير في غير محله حيث اقتصروا على ذكر الاختلاف بين البائع والمشتري كما صدر
المسئلة بذلك في الكتاب وتركوا ذكر الاختلاف بين الشريكين مع انه المناسب للباب وهو غير مناسب
وان لم يتفاوت الحكم ولم يتعرض المحقق ولا ابن عمه لحلف البائع وان القول قوله كما أنهما لم يتعرضا لحلفه
مع شهادة المقر كما انهما لم يتعرضا لعدم مشاركة المقر البائع حيث يحلف ويأخذ من المشتري وظاهر اطلاق
الشرائع والكتاب ان شهادة المقر مقبولة وان شهد بالجميع وان ردت في البعض ويزيد الكتاب انه لا فرق
في قبول شهادته بين تقدم خصومته مع البائع وتأخرها مع انه ينبغي انها لو تقدمت خصومته أن لا تقبل
شهادته عليه في الخصومة الثانية لمكان سبق الخصومة بينهما نعم عدم قبول شهادة المشتري جار على اطلاقه
اذ لا فرق فيه بين تقدم احديهما وتأخرها وهذا لوضوحه لم يتعرض له في المبسوط ثم أنه في الشرائع قال ان
الاشبه المنع من قبول شهادة المقر وظاهره الاطلاق ثم انه في الكتاب لم يتعرض للفرق بين الصورتين في تقدم
احد الخصومتين وتأخرها ولعله لانه ليس هناك فرق كثير وفي قوله ثم يحلف المقر ايهام ارادة الترتيب
وليس بمراد لانه ذكر قبله الحكم في الخصومتين من دون ترتيب ولم يتعرض لحال قيام البينة في حال ولا
للفرق بينها وبين الشاهد واليمين ولا للفرق بينها وبين اليمين المردودة وغيرها وكان الواجب أن يتعرضوا
لما اذا عدم المشتري البينة فطلب الحاكم يمين البائع فردها على المشتري فنكل فانه يلزم بحصة البائع وبعض
الشافعية قال لا يلزم لانه لا يحكم بالنكول وهو غلط لانه ليس حكما بالنكول وانما هو حكم باصالة بقاء
الثمن في ذمته حيث لم يأت بحجة على الاداء ولم يتعرضوا جميعا لما اذا عدم الآذن البينة فطلب الحاكم
يمين البائع فردها على الآذن فحلف فاخذ منه سهمه فان البائع لا يرجع على المشتري بما أخذه منه باليمين
المردودة وليس له مخاصمته في ذلك لاعترافه بان ما أخذه الآذن منه ظلم ولان اعتراف الآذن بقبض

ولو ادعى المشتري على شريك البائع بالقبض فان كان البائع اذن فيه فالحكم كما تقدم وان لم يأذن لم يبرء المشتري من حصة البائع لانه لم يدفعها اليه ولا الى وكيله ولا من حصة الشريك لانكاره والقول قوله مع يمينه ولا يقبل قول المشتري على الشريك والبائع المطالبة بقدر حقه خاصة لاعترافه بقبض الشريك حقه وعلى المشتري دفع نصيبه اليه من غير يمين فاذا قبض حقه فللشريك مشاركته فيما قبض وله أن لا يشاركه ويطالب المشتري بجميع حقه فان شارك في المقبوض فعليه اليمين انه لم يستوف حقه من المشتري ويأخذ من القابض نصف نصيبه ويطالب المشتري بالباقي اذا حلف انه لم يقبض منه شيئا وليس للمقبوض منه الرجوع على المشتري بعوض ما أخذ منه لاعترافه ببراءة ذمة المشتري (متن)

البائع عزل له عن الوكالة لانه فعل ما وكل عليه وقد برئ المشتري من سهم الآذن باقراره فليلحظ ذلك ومازيد في الغنية والسرائر في المسئلة على قولها ولو اقر الذي لم يبع ولا اذن له في التصرف ان البائع قبض الثمن برئ المشتري من نصيب المقر بلا خلاف ﴿قوله﴾ ﴿ولو ادعى المشتري على شريك البائع بالقبض فان كان البائع أذن فيه فالحكم كما تقدم وان لم يأذن لم يبرئ المشتري من حصة البائع لانه لم يدفع اليه ولا الى وكيله ولا من حصة الشريك لانكاره والقول قوله مع يمينه ولا يقبل قول المشتري على الشريك والبائع المطالبة بقدر حقه خاصة لاعترافه بقبض الشريك حقه وعلى المشتري دفع نصيبه اليه من غير يمين فاذا قبض حقه فللشريك مشاركته فيما قبض وله أن لا يشاركه ويطالب المشتري بجميع حقه فان شارك في المقبوض فعليه اليمين انه لم يستوف حقه من المشتري ويأخذ من القابض نصف نصيبه ويطالب المشتري بالباقي اذا حلف انه لم يقبض منه شيئا وليس للمقبوض منه الرجوع على المشتري بعوض ما أخذ لاعترافه ببراءة ذمة المشتري﴾ هذه المسئلة عكس التي قبلها والاصل فيها المبسوط وقد فرضت المسئلة فيه وفي الخلاف والغنية والسرائر وجامع الشرائع والشرائع والتذكرة والتحرير كالكتاب وجامع المقاصد قال لا يبرء المشتري من حصة البائع والشريك لانه هو الذي تعرضوا له لا غير في صورة ما اذا لم يوكل البائع شريكه الآخر في قبض حقه وقد توافقت الكتب المذكورة على ان النزاع بين المشتري والشريك وان المشتري لا يبرء من حصة البائع ولا من حصة الشريك وجعل في التذكرة النزاع بين الشريكين والامر في هذا سهل وقد صرح في المبسوط والتذكرة والتحرير وجامع المقاصد بما في الكتاب من أن للبائع المطالبة بقدر حقه خاصة وفي (المبسوط وجامع المقاصد) كما في الكتاب انه على المشتري دفع نصيبه اليه من غير يمين وفي المبسوط ان البائع ان قبض حقه لم يشاركه صاحبه فيه وستسمع ان المشهور في مثله ان يشاركه ويترتب على ذلك قبول شهادة البائع للمشتري كما يأتي ثم عد الى العبارة فقوله فان كان البائع اذن فيه فالحكم كما تقدم معناه أن الشريك اذا كان مأذونا في القبض من شريكه البائع والمفروض قد صدق المشتري في دعواه اقباض الشريك فان المشتري يبرء من حصة البائع لاعترافه بقبض وكيله كما تقدم في المسئلة الاولى فلا بد من زيادة قيد آخر في عبارة الكتاب بان يقال فان كان البائع اذن فيه وصدق المشتري في دعواه قبض الشريك ولا فرق في ذلك وما ذكر بعده بين أن يكون الشريك قد أذن للبائع في القبض أو لم يأذن لان الحكم لا يتفاوت عندنا ولذلك أطلق

ولو خاصم المشتري شريك البائع فادعى عليه القبض لم تقبل شهادة البائع لانه يدفع عن نفسه ضرر مشاركة شريكه له فيما يقبضه من المشتري فيحلف ويأخذ من المشتري نصف الثمن وان نكل أخذ المشتري منه النصف ولو باع الشريكان سلعة صفقة ثم استوفى أحدهما شيئا شاركه الآخر فيه وان تعدد المشتري أما لو تعددت الصفقة فلا مشاركة (متن)

المصنف ولا وجه لقوله ولا يقبل قول المشتري على الشريك لأنه من قبيل بيان البديهيات والظاهر من قوله فعليه اليمين لانه لم يستوف حقه وقوله اذا حلف أنه لم يقبض منه شيئا أنه يجب عليه الحلف مرتين وهو متجه اذا طالب البائع قبل مطالبة المشتري وحلف البائع ويشكل فيما اذا حلف المشترى قبل ذلك انه لم يقبض شيئا فانه يستحق مشاركة البائع من دون حلف لمكان اتحاد الصفقة والاشتراك في كل جزء من الثمن مع احتمال الحلف له أيضا احتمالا قويا جريا على ظاهر قوانين الشرع ﴿ قوله ﴾ (ولو خاصم المشتري شريك البائع فادعى عليه القبض لم تقبل شهادة البائع لانه يدفع عن نفسه ضرر مشاركة شريكه فيما يقبضه من المشتري فيحلف ويأخذ من المشتري نصف الثمن وان نكل أخذ المشتري منه النصف) هذه العبارة لاتخلو عن حزازة في التكرير وسماجة في التعبير لان كلامه هذا من تتمة المسئلة السابقة فان الخصومة بين المشتري وشريك البائع قد سبق ذكرها وهذه من تتمتها ولكن عبارة المصنف توهم أنها مسئلة مستأنفة بالاستقلال وقد جزم المصنف هنا والمحقق في الشرائع والمحقق الثاني والشهيد الثاني بعدم قبول شهادة البائع للمشتري باقباضه الشريك لان الشهادة تجر نفعا اليه باعتبار أنه اذا قبض نصيبه بعد ذلك لايشاركه فيه (وقال في المبسوط والخلاف) وان شهد له بذلك البائع قبلت شهادته قال في المبسوط لانه يجر بها لنفسه منفعة ولا يدفع بها مضرة لانه يقول انه لايرجع الي من حق شريكي شيء بحال وقد سمعت انه صرح بان البائع اذا قبض منه لايشاركه الشريك في شيء ولا ترجيح في التذكرة مع انه حكم فيها فيما يأتي بالمشاركة وينبغي التوقف للمحقق الثاني أو عدم الجزم لانه قال فيما يأتي أن القول بعدم المشاركة قوي متين (وكيف كان) فاذا عدم المشتري البينة بالاقباض لشريك البائع حلف واخذ منه نصف الثمن ان شاء وان شاء أخذ من البائع نصف ماأخذه والباقي من المشتري وان نكل حلف المشتري ان قبضه الجميع وطالبه بالنصف الذي هو للبائع ليدفعه له على انه لاولاية عليه ﴿ قوله ﴾ (ولو باع الشريكان سلعة صفقة ثم استوفى أحدهما شيئا شاركه الآخر فيه وان تعدد المشتري أما لو تعددت الصفقة فلا مشاركة) موضع البحث ما اذا كان بين شريكين فصاعدا دين مشترك بسبب واحد كبيع سلعة أو ميراث أو اتلاف كما نبه على ذلك في التذكرة وجامع المقاصد والمسالك ومجمع البرهان والكفاية وغيرها وهو كل ما فرضت المسئلة فيه في الدين وأنه لايقسم كجامع الشرائع وغيره بل في جامع المقاصد ان ذلك هو المشهور بين الاصحاب قال المشهور بين الأصحاب انه اذا كان بين اثنين فصاعدا دين بسبب واحد اما عقد أو ميراث أو استهلاك أو غيره الى آخره وقد فرضت المسئلة في النهاية والخلاف والمبسوط والوسيلة والغنية والسرائر والشرائع والتحرير والارشاد وشرحه لولده واللمعة والروض والروضة ان فيما اذا باع الشريكان الى آخر مافي الكتاب لتناسب باب الشركة لانه عقد يقتضي التصرف فيما يستثمر الربح (وكيف كان) فلكل من الشريكين في المال مطالبة المديون بحقه من الدين فاذا استوفاه شاركه الآخر فيه كما حكينا

ذلك في باب الدين من عشرين كتابا أو أكثر من جملتها السرائر وحكينا عليه الاجماع عن الغنية وعن ظاهر الكفاية حيث قال أنه المعروف من مذهب الاصحاب وحكينا هناك عليه الشهرة عن الروضة ومجمع البرهان وعن التنقيح نسبته الى الشيخ وأتباعه وقد تتبعنا كتب الاصحاب في الباب فوجدنا ذلك خيرة أبي علي والقاضي فيما حكي عنهما والكافي والنهاية والخلاف والمبسوط والوسيلة والغنية وجامع الشرائع والشرائع والتذكرة والتحرير والارشاد وشرحه لولده والمختلف واللمعة وجامع المقاصد والروض والمسالك والروضة والكفاية والمفاتيح وهو المشهور كما في جامع المقاصد والمسالك والروضة ومجمع البرهان والمفاتيح وخيرة أكثر الاصحاب كما في المسالك أيضا والكفاية وقد سمعت انه في دين الكفاية قال أنه المعروف من مذهب الاصحاب وعليه اجماع الفرقة ورواياتهم واردة به كما في الخلاف وعليه الاجماع كما في الغنية وكأنه لا خلاف فيه الا من ابن ادريس كما في مجمع البرهان ومن الغريب انه قال في السرائر انه لم يذهب الى ذلك سوى شيخنا أبي جعفر الطوسي في نهايته ومن قلده وتابعه بل شيخنا المفيد لم يذكر ذلك وكذلك السيد المرتضى ولا تعرضا للمسئلة ولا وضعها أحد من اصحابنا المتقدمين ولا ذكرها أحد من القميين وانما ذكر ذلك شيخنا في نهايته الى آخر ما قال (وفيه) ان الشيخ ذكر ذلك في الخلاف والمبسوط كما ذكر ذلك في نهايته وذكرها هو في دين سرائره ولم يذكر فيها خلافا وقد عرفت انه ذكر ذلك أبو علي وابو الصلاح والقاضي في دين الجواهر وابن حمزة وابن زهرة وكلهم متقدمون عليه لكنه أراد بمن قلده القاضي وابن حمزة وقد روى خبر غياث الصدوق فيكون عاملا به ورواه أيضا محمد بن علي بن محبوب وهما قميان وقد روى خبر أبي حمزة شيخ القميين ورئيسهم احمد بن عيسى ثم ان طريق الصدوق الى عبد الله بن مسكان فيه أبوه ومحمد بن الحسن بن الوليد والى غياث فيه أبوه وسعد واحمد فقد ذكر ذلك ستة من القميين هذا وفي (المختلف وايضاح النافع والمسالك) ان قول ابن ادريس لا يخلو عن قوة وفي (جامع المقاصد) انه قوي متين وكأنه ميل اليه في دين مجمع البرهان والمفاتيح كما انه في دين الكفاية مستشكل وفي (شركة مجمع البرهان) ان القولين مشكلان وقد قال في السرائر الوارد في ذلك ثلاثة أخبار أحدها مرسل وفيه ان الوارد في ذلك ستة أخبار وان لحظنا طرق الفقيه زادت على ذلك وهي صحيحة سليمان بن خالد في الفقيه والتهذيب عن ابي عبد الله عليه السلام وموثقة عبد الله بن سنان في التهذيب عن ابي عبد الله عليه السلام ومتنهما واحد قال سألته عن رجلين بينهما مال منه دين ومنه عين فاقتسما الدين والعين فتوى الذي كان لاحدهما أو بعضه وخرج الذي للآخر أيرد على صاحبه قال نعم ما يذهب بماله وما محتمله لان تكون استفهامية أو نافية ومثلهما خبر محمد بن مسلم عن أحدهما عليهما السلام ومعوية بن عمار عن أبي عبد الله عليه السلام وخبر أبي حمزة عن أبي جعفر عليه السلام مع زيادة في الثلاثة وهي قولها ما اقتضى أحدهما فهو بينهما ما يذهب بماله ومثله من دون تفاوت أصلا قول أمير المؤمنين عليه السلام في خبر غياث فهذه أربعة أخبار تضمنت ان ما اقتضى أحدهما فهو بينهما وكأنه في دين مجمع البرهان لم يظفر الا بخبر غياث كما أنه وصاحب المسالك في كتاب الشركة لم يظفرا بصحيحة سليمان بن خالد حيث رميا الاخبار بالارسال والضعف (وكيف كان) فالضعيف منها منجبر بالشهرات معتضد بالاجماعات والصحيح منها بل الموثق على ان في الصحيح وحده بل الموثق بلاغا مع موافقتها القواعد وأصول المذهب لان المال في ذمم الغرماء مشترك كما هو التقدير غير مقسوم لان ما في الذمم غير مقبوض ولا متعين حتى تصح قسمته ولا دليل على لزوم قسمته كذلك

مع ان الاصل عدمه مضافا الى الاصل بمعنى الاستصحاب وقد حملها في السرائر على ان المال الذي هو الدين كان على رجلين فاخذ أحد الشريكين جميع ما على أحد الغريمين فالواجب عليه ان يقاسم شريكه لانه أخذ ما يستحقه هو وشريكه (وحاصله) ان قوله عليه السلام ما اقتضى أحدهما فهو بينهما لا صراحة فيه لان المقتضي لم يصرح فيه بكونه مجموع الدين أو حصة المقتضي فقط ودلالتها على المطلوب متوقفة على ارادة الامر الثاني واللفظ يحتمل الامرين (وفيه) ان ما الواقعة في الجواب للعموم وقضيته عدم الفرق بين ما اذا قبض البعض أو الجميع وبين ما اذا تعدد الغريم أو اتحد ثم ان المفروض انهما اقتسما ذلك وهو يخالف ما اراد وترك الاستفصال في حكاية الحال المحتملة تقتضيه ايضاً ثم ان ذلك كله مناف لكلامه واستدلاله في باب الدين وما اذا يقول فيما اذا كان لهما على شخص واحد قفيز حنطة وعشرون درهما واقتسما ذلك الحنطة لواحد والدراهم للآخر وقد استدل في شركة السرائر على مختاره بدليلين (الاول) ان لكل منهما ان يبرئ الغريم من حقه ويهبه ويصالح على شيء منه دون الآخر فكما لا يشاركه الآخر فيما وهب وصالح عليه كذلك لا يشاركه ان استوفى وقد رمى هذه الملازمة جماعة بالضعف (وقال في المختلف) انه غلط وبينه بانا نفرق بين اسقاط الحق وقبضه لان المدفوع والمقبوض انما هو المال المشترك ولا كذلك الاسقاط وقد ردوا عليه باللازم والا فكلامه مسوق لان الشريك الواهب لا يشارك من لم يهب ولم يبرئ (الثاني) ان متعلق الشركة بينهما هو العين وقد ذهبت ولم يبق عوضها الا دين في ذمته فاذا اخذ أحدهما منه لم يكن قد أخذ عينا من أعيان الشركة بل من أمر كلي في الذمه لا يتعين الا بقبض المالك أو وكيله ولا وكالة هنا لانه انما قبض لنفسه ولم يقبض لشريكه بالوكالة وقد أيد هذا المحقق الثاني والشهيد الثاني بوجوه سبعة كلها غير وجيهة وان قال في جامع المقاصد ان بعضها في غاية المتانة والقوة وان الروايات لا تقاومها وذلك لانه لم يحقق المقام مع غرابة وقوع ذلك منه اذ الروايات متعاضدة معتضدة بالاجماع المنقول بل المحصل قبل ابن ادريس وبعده منجبرة بالشهرات فكيف لا تقاوم بعض تلك الوجوه لو كانت وجيهة اذ خمسة منها قد اعترف في المسالك بضعفها وانها مبنية على عدم تحقيق المقام كما اوضحناه في باب الدين والاثنان الباقيان هما اللذان بناء صاحب المسالك على ان يقول ان قول ابن ادريس لا يخلو عن قوة وهما انه اذا ضمن ضامن حصة احد الشريكين صح فيختص باخذ المال المضمون من الضامن وانه لو أجل أحد الشريكين حصته باشتراط ذلك بعقد لازم ونحوه جاز فان قبض الشريك بعد ذلك لم يرجع عليه شريكه بشيء وهذا يقضي بجواز قبض حصته منفرداً لاستلزامه تميز حصته عن حصة الآخر وهما ليسا بشيء لان ضمان الغير وتأجيل أحدهما حصته والابراء والهبة والبيع على المديون ومصالحته عنه وتصالحهما على ما في الذمم ونحو ذلك خارجة عما نحن فيه اذ التميز الذهني كاف في صحتها اذ لا يمكن غيره وعموم ادلة الصلح والضمان والتأجيل والهبة والابراء تتناوله فوجب العمل بها كذلك اذ لا يمكن غير ذلك وليست كالقبض لان الغريم في صورة القبض انما دفع عما في ذمته مالا مشتركا لا يقبل القسمة قبل الدفع لانه حينئذ غير مقبوض ولا متعين ولم يقسم بعده فلا يختص به القابض لانه يمكن حينئذ تميزه وقسمته فلا يكفي فيه التميز الذهني اذ لا دليل عليه حينئذ من أدلة القسمة بل ادلتها قاضية بخلافه لو الاصل عدم لزوم قسمته كما أشرنا اليه آنفا (وقال مولانا المقدس الاردبيلي) لا يخفى ما في حكم المشهور من الاشكال لان ما قبضه الشريك ان تعين كونه من الدين المشترك فليس لشريكه

الرجوع الى الغريم في حصة منه ويلزم أنه لو تلف في يده يكون التالف منهما ولا يجوز للشريك التصرف فيه بوجه الا باذن شريكه ولا يجب الاداء على المديون بل لا يجوز وقد ادعى على ذلك في شرح الشرائع الاجماع وان هذا التعيين بغير اذنه مشكل وان لم يتعين كونه من الدين أصلا كان ملك الغريم وان تعين كون ما قبضه حق القابض كما يدل عليه حكمهم بانه لو تلف في يده تعين حقه فيه فلا معنى لرجوع الشريك اليه ولا معنى حينئذ لقولهم ان الدين غير قابل للقسمة وان تعينت فيه فلا معنى لكون التالف كله من ماله ثم أخذ يناقش التذكرة في بعض الكلمات التي لا فائدة في ذكرها ثم قال ان قول ابن ادريس أيضا مشكل لانه كيف يختص القابض بما قبض ولم يأخذ الا الثمن المشترك وليس له حينئذ شيء مخصوص وكلامه هذا مع الوجوه الخمسة مبني على عدم تحرير المقام لان اول كلامه والوجوه الخمسة مبنية على ان حق الشريك الآخر يتعين في المقبوض على جهة الشركة والامر عند المشهور ليس كذلك وتحرير المقام انهم أجمعوا على ان لصاحب الدين ان يطالب به منفردا من غير خلاف لان الاصل في مستحق الدين أن يتسلط على تحصيله وأجمعوا على ان الشريك اذا لم يختر مشاركته يختص بما قبض وهذا واضح لان ابن ادريس يوافق على ذلك قطعاً وانه يجب على الغريم الدفع اليه اذا طالبه بقدر حقه لان امره يؤل الى انحصاره فيه او مشاركة شريكه له وكلاهما يجب الدفع اليه (وعساك تقول) شريكه لم يطالب فلا يجب الدفع (لانا نقول) هذا الدفع لم يجب لاجله بل لاجل شريكه المطالب والحال ان المقبوض ليس جميع ما في الذمة حتى يحكم ببطلانه لمكان تعلق حق الشريك به وانما هو بقدر حقه فاذا لم يختر الشريك مشاركته انحصر حقه فيه لقدومه على ذلك وانما توقف على أمر وقد حصل فبقي القدر الآخر في ذمة المديون للشريك وحينئذ فاذا اقبضه المديون شيئا معينا من ماله فقد تراضى هو والقابض على حصر بعض الكلي الثابت في الذمة في هذا الفرد المقبوض والحال ان ما في الذمة مشترك فلا ريب حينئذ ان للشريك الآخر اجازة هذا التخصيص في الفرد المعين فيشاركه فيه وأن لا يجيزه فيطالب المديون بحقه لان حق التعيين لا يتم الا برضاه وحينئذ فيتعين المعين أولا لقابضه لان الممتنع انما هو قسمة ما لم يتميز ولم يقبض اما اذا قبض الشريك ولم يختر شريكه مشاركته فانه يصير من قبيل ما اذا خلف دينا وعينا واقتسم الوارثان فاخذ أحدهما العين والآخر الدين فان القسمة حينئذ صحيحة اذ لم يوجد فيها المانع المذكور وهذا هو الوجه في تخييرهم له بين المشاركة ومطالبة المديون فلو اشترى بما قبضه شيئا وقف على اجازة شريكه بمقدار حقه (وعساك تقول) اذا كان تعيين الكلي متوقفا على رضا الشريك وجب أن يبطل حق الشريك القابض من المقبوض لان الكلي لا يصح حصره في المعين بدون رضا الشريك (لانا نقول) انه لم يحصر جميع الكل في المعين وانما حصر بعضه فيه وقد رضي القابض بتعيين حقه اجمع في المعين والغريم مسلط على ماله غير انه كان موقوفا على عدم اختيار الشريك مشاركته وقد حصل كما عرفته آنفا فهذا المقبوض قبل اختيار الشريك ذلك نصفه للقابض والنصف الآخر مقبوض بيده لنفسه قبضا متزلزلا مراعى باختيار الشريك الرجوع على الغريم فيستقر لصاحبه بالمعنى الذي ذكرناه أو على شريكه فينتقل ملكه اليه من حين قبض شريكه لانه بمنزلة عقد فضولي وتلفه قبل اختيار الشريك من مال القابض على التقديرين بقدومه على ضمانه وعموم قوله صلى الله عليه وآله وسلم على اليد ما اخذت فقد اتضح الحال واندفع عن المسئلة كل اشكال وقد حاول في التنقيح هذا التحرير ولم ينقحه ونحوه ما في التذكرة وتمام الكلام

ولو تساوى المالان فاذن أحدهما في العمل للآخر على ان يتساويا في الربح فهو بضاعة ﴿ فروع الاول ﴾ لو دفع الى آخر دابته ليحمل عليها والحاصل لهما فالشركة باطلة فان كان العامل قد أجر الدابة فالاجرة لمالكها وعليه أجرة مثل العامل (متن)

قد تقدم في باب الدين مسبغا محررا ثم انا لم نجد في المسالك هذا الاجماع الذي حكاه في مجمع البرهان عنها ثم عدالى العبارة فالتقييد بالصفقة في الكتاب وغيره للاحتراز عما لو باع كل واحد نصيبه بعقد على حده وان كان العقدان لواحد فانهما لا يشتركان فيما يقبضه أحدهما عن حقه واليه اشار المصنف بقوله اما لو تعددت الصفقة الى آخره وقد قيده في جامع المقاصد بما اذا كان كل واحد من المبيعين غير مشترك اما مع اشتراكهما فلا يستقيم ذلك (وفيه) انه وهم على الظاهر لانه اذا باع أحد الشريكين حصته لم يشتركا فيما يقبضه عنها اجماعا (وليعلم) ان بيع غير الشريكين صفقة موجب للشركة فذكر الشريكين فيما نحن فيه كانه مستغنى عنه واشار بقوله وان تعدد المشتري الى انه لا فرق في الصفقة بين كون المشتري واحداً ومتعدداً لان الموجب للشركة هو العقد الواحد على المال المشترك لثبوت مقابلة جميع الثمن بجميع المبيع ولان الملاك متساوون بالنسبة الى الابعاض ﴿ قوله ﴾ ﴿ ولو تساوى المالان واذن أحدهما في العمل للآخر على ان يتساويا في الربح فهو بضاعة ﴾ كما في المبسوط والسرائر والشرايع والتذكرة وجامع المقاصد والمسالك لان من دفع مالا الى غيره ليتجر به فان شرطا كون الربح بينهما فهو قراض وان شرطاه للعامل فهو قرض وان شرطاه للمالك فهو بضاعة فمال الآذن هنا في يد الآخر بضاعة لان الفرض تساوي المالين والشرط تساوي الربحين فلم يكن قد شرط للآخر فيه شيء فانتفى الاول والثاني كما هو واضح وليس بشركة لانه لم يعمل معه لان بناءها على عمل المشتركين فيكون عمل الآخر معونة وتبرعا لانه لم يشترط لنفسه في مقابلته عوضا وقد تقدم لنا ولهم ما يخالف ذلك فالمدار هنا على القرينة أو يكون المراد ان بناءها غالبا على عمل المشتركين ﴿ قوله ﴾ ﴿ فروع الاول لو دفع الى آخر دابة ليحمل عليها والحاصل لهما فالشركة باطلة ﴾ كما في جامع المقاصد وهو معنى قوله في التذكرة والتحرير لم يصح بل في الاول انه لا يصح عند علمائنا أجمع وهو ظاهر جامع المقاصد أيضا لانه ليس من أقسام الشركة والمضاربة بالاعراض غير صحيحة والمراد انه دفعها اليه ليحمل عليها مال غير بالاجرة فما رزق الله سبحانه وتعالى بينهما على ما تقاطعيه بالسوية أو التفاوت وليس المراد انه دفعها للآخر ليحمل ماله عليها لان ذلك اجارة لا يمكن فيها معنى الشركة فلا يستحق العامل حينئذ أجرة ﴿ قوله ﴾ ﴿ فان كان العامل قد أجر الدابة فالاجرة لمالكها وعليه أجرة مثل العامل ﴾ هذا تفريع على بطلان الشركة وهو خيرة التذكرة وجامع المقاصد وفي الاخير انه قضية كلام الاصحاب ولعله أراد في غير الباب لانه قضية قواعدهم والا فلم يتعرض له أحد غير المصنف في التذكرة والتحرير والكتاب والوجه فيهما (اما الاول) فلانه عوض منفعة ماله (وأما الثاني) فلانه بذل عمله في مقابلة الحصة من الحاصل الذي كان يعتقد حصولها وقد فاتت بفساد الشركة فوجبت له أجرة مثله لانه لم يتبرع بعمله وهذا هو الموافق للضوابط ولا أثر لسؤال المالك ولا العامل فلا وجه لما سمعته في كلام المصنف ولا لقوله في التحرير وللعامل أجرة مثله ان رضي المالك بالاجرة والا اقتسما الحاصل على قدر أجرة المثل لهما لا على ما اشترطاه (بقي شيء) وهو ان المصنف في كتبه الثلاثة واكثر العامة اطلقوا ان أجر الدابة لمالكها اعتمادا على أن اجارتها باذن المالك

فان قصر الحاصل عنهما تحاصا ان كان بسؤال العامل والا فالجميع وان تقبل حمل شيء فحمله أوحمل عليها شيئا مباحا فباعه فالاجرة والثمن له وعليه أجرة مثل الدابة لمالكها (متن)

ضمنا كما تقدم لنا بيان ذلك في باب الاجارة من أن فساد عقدها انما هو بالنسبة الى غير الآذن من وجوب العمل واستحقاق المسمى ونظر فيه في جامع المقاصد بان العقد الفاسد كيف يعتبر ماتضمنه من الاذن فغايته أن يكون فضوليا يتوقف على الاجازة هذا والمفروض فيما نحن فيه انه أجر عين الدابة اذ لو لم تكن الاجارة على عينها كان الاجرة للعامل كما يأتي ﴿ قوله ﴾ ﴿ فان قصر الحاصل عنهما تحاصا ان كان بسؤال العامل والا فالجميع ﴾ يريد أنه اذا كانت الشركة باطلة وقد أجر عين الدابة فاجرتها لمالكها وعليه للعامل أجرة مثله ان وفى الحاصل من أجرة الدابة باجرة مثله وأجرة مثلها أوزاد فانه يدفع حينئذ اليه أجرة مثله ويختص هو بالباقي والصورتان تدخلان في صورة عدم القصور لكنهما نادرتا الوقوع وان قصر الحاصل عن الاجرتين تحاصا بمعنى أن الحاصل اذا قسط على أجرة مثل الدابة وأجرة مثل العامل قصر عن ذلك فان العامل يأخذ حصة من الحاصل بنسبة أجرة مثله ان كان دفع المالك الدابة على هذا الوجه بسؤال العامل لانه قدرضي بان يكون له حصة من الحاصل وان قصرت من أجرة المثل ويندرج في ذلك مااذا كان الدفع بسؤالهما لانه بسؤال العامل أيضا وان لم يكن ذلك بسؤال المالك فالواجب للعامل جميع أجرة مثله وان زادت على الحاصل وهذا التفصيل من متفردات هذا الكتاب لانه لم يذكره في التذكرة ولا في التحرير ولا حكاه عن أحد من العامة على انا لانجد فرقا واما ان تقول ان المسئلتين تستويان في التحاص لان المفروض حصول رضاهما بذلك سواء كان بسؤالهما أو بسؤال أحدهما أو تقول أنه يجب للعامل أجرة المثل كائنة ماكانت لمكان فوات ماعين له ولا أثر في ذلك لسؤال أحدهما كما تقدم وهوالاشبه باصول المذهب وعن الشهيد انه احتمل وجوب أقل الامرين من الحصة المشروطة والحاصل بالتحاص (اما الاول) فلانه رضي بها (واما الثاني) فلمعارضة حق المالك ولا ترجيح واحتمل وجوب الاقل ان كان الدفع بسؤال العامل لانه الزم نفسه بذلك بسؤاله ووجوب الاكثر ان كان بسؤال المالك لان المشروط ان كان اكثر فقد رضي به المالك وان كان الحاصل بالتحاص أكثر فلفساد المشروط والحق ان هذا كله بعيد عن التحقيق كما في جامع المقاصد ﴿ قوله ﴾ ﴿ وان تقبل حمل شيء فحمله عليها أو حمل شيئا مباحا فباعه فالاجرة والثمن له ﴾ كما صرح بذلك كله في موضع من التذكرة وفي موضع آخر منها والتحرير الاقتصار على صورة التقبيل والمراد ان العامل لم يؤاجر عين الدابة كما في الاول فكانت عكسها وانما تقبل شيء في ذمته ولم يعين لحمله دابة مخصوصة فحمله عليها فان الاجرة المسماة تكون له لانها في مقابلة عمل في ذمته وعليه لمالك الدابة أجرة مثلها كائنة ماكانت وكذا لو حمل عليها شيئا مباح الاصل كالحطب اذا حازه بنية انه له أو قلنا بان المباحات تملك بالحيازة ولايحتاج الى النية فان ثمن هذا له ان باعه لان العين ملكه وعليه لمالك الدابة أجرة المثل لاستيفاء منفعتها التي لم يبذلها المالك مجانا ولم يتعين لها عوض فوجب أجرة المثل (واعلم) أن الاحتياج في تلك المباحات الى النية هو المختار والذي دلت عليه الاخبار كما تقدم ويأتي فلو نوى في حيازة المباح نفسه وشريكه كان لهما وعلى العامل نصف أجرة مثل الدابة لذلك العمل وللعامل على المالك نصف أجرة مثله لذلك العمل فاطلاق المصنف هنا مع تردده في أن المباح يفتقر تملكه الى

(الثاني) لو دفع دابة الى سقاء وآخر راوية على الشركة في الحاصل لم تنعقد وكان الحاصل للسقاء وعليه اجرة الدابة والراوية (متن)

النية غير جيد والمحقق الثاني يذهب الى أن التوكيل في تلك المباح لايتوقف صحته على اشتراط النية في تملكه مع الحيازة كما تقدم بيان ذلك في عدة مواضع منها باب اللقطة ويأتي في آخر الباب هذا ولو حمل عليها مالاجر له أوحمل عليها لغيره مجانا أو بعوض فاسد فعليه أجرة المثل كما تقدم ﴿قوله﴾ ﴿ ولو دفع دابة الى سقاء وآخر راوية على الشركة لم تنعقد وان الحاصل للسقاء وعليه أجرة الدابة والراوية ﴾ كما صرح بذلك كله في المبسوط والسرائر والشرائع والتحرير والارشاد والمختلف والروض ومجمع البرهان وكذا جامع الشرائع والتذكرة وجامع المقاصد والمسالك والكفاية وظاهر التذكرة الاجماع على عدم انعقادها شركة لفقد اركانها لان هذه مركبة من شركة الابدان وشركة الاموال مع عدم المزج وصرح في المبسوط وغيره بعدم كونها مضاربة ولا اجارة فالحاصل للسقاء وعليه للآخرين أجرة مثل مالهما لذلك العمل وقد حكى في المبسوط والتذكرة والتحرير والارشاد وشروحه والمختلف والروض والمسالك القول بان الحاصل يقسم بينهم اثلاثا ويرجع كل منهما على صاحبه بثلث أجرته (قال في المبسوط) وقيل أنهم يقسمونه بينهم اثلاثا وفي الناس من حمل الوجه الاول على أنه اذا كان السقاء يأخذ الماء من ملكه والثاني على أنه اذا أخذ من ماء مباح وهذا ليس بشيء لانه اذا أخذه من موضع مباح فقد ملكه والوجهان جميعا قريبان ويكون الاول على وجه الصلح والثاني من الحكم انتهى وصريح كلامه وقضية كلام ماذكر بعده الشرائع وجامع الشرائع وعدا التذكرة وماذكر بعدها (١) ان محل القولين موضع واحد وانه لافرق بين أخذه من ملكه أو من مباح وهو الذي فهمه منهم الشهيد في غاية المراد وصريح التذكرة والمسالك وكذا جامع الشرائع وجامع المقاصد والكفاية أن كلا من القولين مبني على غير ما ابتنى عليه الآخر كما أشار اليه في المبسوط بقوله وفي الناس الى آخره فقد جعلا القول الاول مبنيا على كون الماء ملكا للسقا أومباحاً ونوى الملك لنفسه أو نوى الشركة وقلنا ان النيابة لاتجري في تملك المباحات وجعلا القول (الثاني ظ) مبنيا على ما اذا أخذه من مباح ونوى الشركة وقلنا بجواز النيابة فانهم يشتركون فيه فيقسم على نسبة أجور أمثالهم أو بالسوية اتباعا لقصده فتكون أجرته وأجرة الراوية والدابة عليهم اثلاثا لدخول كل منهم على أن يكون له ثلث الحاصل والمسلمون عند شروطهم غاية الامر انه لم يتول عمل ذلك الثلث بانفراده فيسقط عن كل واحد ثلث الاجرة المنسوبة اليه ويرجع على كل واحد بثلث ويكون في سقيه بمنزلة الوكيل لاذنهم له في التصرف ان قلنا ببقاء الاذن الضمني مع فساد المطابقي والا توقفت المعاوضة على الماء على اجازتهما فكلام المبسوط وما وافقه مبني على انه لايحتاج في تملك المباحات الى النية كما صرح به فيه كما سمعت وعلى عدم جواز التوكيل في تملك المباحات (قال الشهيد في غاية المراد) كلام المحقق في المسئلة يفيد ان الجائز ان نوى لنفسه ملك قطعا وان نوى أنه له ولغيره لم يملك الغير قطعا واما العمل ففيه وجهان مع حكمه بجواز الاستئجار على الاحتطاب والاحتشاش وملك المستأجر ما يحصل وكأنه أراد بالاول التبرع انتهى وهو اعتذار جيد ومعناه انه اذا نوى الغير متبرعا من دون

---

(١) كذا في النسخة ولا يبعد أن يكون صواب العبارة هكذا . وقضية كلام ما ذكر بعده عدا الشرائع وجامع الشرائع والتذكرة وما ذكر بعدها فليراجع (مصححه)

ولو كان من واحد دكان ومن الآخر رحى ومن ثالث بغل ومن رابع عمل فلا شركة (متن)

توكيل ولا استئجار ولم يملك الغير والا ملك وعلى التبرع يحمل قوله في الشرائع لو حاش صيداً أو احتطب أو احتش بنية انه له ولغيره لم تؤثر تلك النية في ملك الغير وكان بأجمعه له خاصة وبمثل ذلك صرح في المبسوط ولهذا قال في المسالك هذا يتم لولم يكن وكيلا للغير في ذلك ولما لم يفهم صاحب الحدائق كلام صاحب المسالك في مسئلتنا ومسئلة احتياش الصيد والاحتطاب قال أنه متدافع فليلحظه من أراد ان يقضي العجب منه وقد يعتذر عن الشرائع وغيرها مما وقع فيه مثل ذلك بأن مسئلة جواز الاستئجار مبنية على القول بانه يعتبر ان لا ينوي ماينافي الملك وهو لاينافي القول بعدم اعتبار النية فاذا نوى بذلك المستأجر صح ويملك المستأجر وان قلنا ان تلك المباحات لايتوقف على النية لكنه لايتم في كلامه الآخر أو يكون ذلك منهم عدولا لان كلامهم في المسئلة مختلف جدا هذا الشيخ في المبسوط قد سمعت كلامه في المسئلة ومسئلة احتياش الصيد وقد حكم فيه أيضا بجواز الاستئجار للاحتشاش والاحتطاب كالشرائع وفي باب احياء الموات اعتبر النية (وكيف كان) فلم يظهر لنا وجه وجيه لقوله في المبسوط في مسئلتنا ان الاول على وجه الصلح والثاني من الحكم أو من الحاكم على اختلاف النسخ وكأنه أراد من جهة الادلة والقواعد ثم ان القول الثاني ليس لنا اذ لم نجد لاحد منا الآن تقول انه يرجع الى تحقيق أجرة المثل وسيعتمدون عليه في المسئلة الآتية والقول الاول هو الموافق للقواعد اذا كان الماء من ملكه والذي يقتضيه النظر والاعتبار ان يكون لصاحب الدابة وصاحب الراوية أقل الامرين من الاجرة والحصة أي ثلث الحاصل كما مر مثله مرارا فتأمل وايضاح هذا القول وبيانه انه يقسم الحاصل بينهم اثلاثا فان كانت أجرة مثلهم متساوية فلا بحث وان كانت متفاضلة رجع كل واحد منهم بثلث أجرة مثله على الآخرين مضافا الى الثلث الذي حصل له فلو فرض ان الحاصل اثنا عشر درهما فانها تقسم على ثلاثة لكل منهم أربعة فلو فرضنا ان أجرة المثل للسقا ستة دراهم وللدابة ثلاثة وللراوية ثلاثة رجع السقا بثلث أجرته وهو اثنان على كل واحد من صاحب الدابة وصاحب الراوية فيأخذ من كل منهما درهمين فيحصل عنده ثمانية ويبقى عند كل منهما درهمان ورجع صاحب الدابة على كل من السقا وصاحب الراوية بثلث أجرته وهو درهم فيحصل له أربعة ويبقى عند صاحب الراوية درهم واحد وعند السقا سبعة ويرجع صاحب الراوية على كل من السقا وصاحب الدابة ثلث أجرته وهو درهم فيحصل له ثلاثة ولصاحب الدابة ثلاثة وللسقا ستة وان فرضت التفاوت في الجمع فافرض ان الحاصل ستة وأجرة المثل للسقا ثلاثة ولصاحب الدابة درهمان ولصاحب الراوية درهم فانهم يقتسمون الستة اثلاثا ويرجع صاحب الراوية الذي قد حصل في يده درهمان وأجرت مثله درهم على السقا ثلث درهم وعلى صاحب الدابة بثلث درهم فيصير عنده درهمان وثلثان فاذا أخذ منه السقا درهما لانه ثلث أجرته وأخذ منه صاحب الدابة ثلثي درهم لانهما ثلث أجرته بقي عنده درهم واحد ومنه يعرف حال السقا وصاحب الدابة ﴿قوله﴾ ﴿ولو كان من واحد دكان ومن آخر رحى ومن ثالث بغل ومن رابع عمل فلا شركة﴾ يريد انهم اشتركوا على ان الحاصل بينهم على نهج مخصوص فالشركة فاسدة كما في جامع الشرائع والتذكرة والتحرير وجامع المقاصد لما تقدم في المسئلة

ثم ان كان عقد أجرة الطحن من واحد منهم ولم يذكر اصحابه ولا نواهم فله الاجر اجمع وعليه لاصحابه اجرة المثل ولو نوى اصحابه او ذكرهم كان كما لو عقد مع كل واحد منهم منفردا ولو استأجر من الجميع فقال استأجرتكم لطحن هذا الطعام بكذا فالاجر بينهم ارباعا لان كل واحد لزمه طحن ربعه بربع الاجرة ويرجع كل واحد منهم على كل واحد من اصحابه بربع اجرة مثله

السابقة ﴿ قوله ﴾ ﴿ثم ان كان عقد أجرة الطحن من واحد منهم ولم يذكر أصحابه ولا نواهم فله الاجر أجمع وعليه لاصحابه أجرة المثل﴾ قد ذكر المصنف في المسئلة أربع صور لان عقد الاجارة الصادر من صاحب الطعام على طحنه اما ان يكون مع واحد من الاربعة وقد ذكر أصحابه في عقد الاجارة أو قصدهم بتقليه أو لم يذكرهم ولم ينوهم فهاتان صورتان واما ان يكون مع الجميع بأن يكون قد استأجرهم صاحب الطعام جميعا لطحنه بحيث يلزمهم في ذممهم طحنه ارباعا أو يكون قد أجرى عقد الاجارة على الاعيان المذكورة لطحن الطعام المعين وجمع بين اجارة عدة أشياء في عقد واحد بعوض واحد لعمل معين ولم يقبل كل واحد منهم طحن ربع الطعام في ذمته بربع المسمى ويكون قد استعان على طحنه بالمنافع المملوكة لاصحابه كما في الصورة الثالثة فهاتان أيضا صورتان ولنجر في بيانها على ترتيب الكتاب، (فالاولى) وهي ما اذا كان العقد مع واحد ولم يذكر أصحابه في اللسان ولا الجنان بل الزم ذمته طحن الطعام بكذا ففي (جامع الشرائع والتذكرة والتحرير وجامع المقاصد) كما في الكتاب من ان له الاجر المسمى أجمع لانه عوض العمل الذي الزم ذمته به وعليه أجرة المثل للذي استوفى منفعته من الاعيان المذكورة في طحن الطعام المذكور ومن واحد في العبارة صلة عقد ﴿ قوله ﴾ ﴿وان نوى أصحابه أو ذكرهم كان كما لو عقد مع كل واحد منفردا﴾ لانه اما ان يكون الزم ذممهم طحن الطعام بحيث يلزمهم طحنه ارباعا فيكون حكمها حكم الصورة الثالثة وعلى ذلك اقتصر في التحرير في تفسير ذلك واكتفى في التذكرة بهذه الصورة عن الثالثة وهي ما اذا استأجر من الجميع كما اكتفى في جامع الشرائع بالرابعة عن هذه واما ان يكون قد أجره الاعيان المذكورة فيكون حكمها حكم الصورة الرابعة وهذه هي الصورة الثانية وظاهر المصنف في كتبه الثلاثة الاكتفاء بالاذن الصادر في عقد الشركة وان كان فاسداً كما مر غير مرة وانه لا يحتاج الى اجازتهم بعد ذلك ولا ان يكونوا قد وكلوه ثانيا غير التوكيل الذي في عقد الاجارة فينبغي ان يكون مراده في هذه الصورة أنهم وكلوه بان يتصرف ولو كان بشغل ذممهم بشرط تعلقها بالاعيان المذكورة ﴿ قوله ﴾ ﴿ولو استأجر من الجميع فقال استأجرتكم لطحن هذا الطعام بكذا فالاجر بينهم ارباعا لان كلا منهم لزمه طحن ربعه ويرجع كل واحد منهم على كل واحد من أصحابه بربع أجرة مثله﴾ كما في جامع الشرائع والتذكرة والتحرير وجامع المقاصد لانه قد لزم كل واحد طحن ربع الطعام بربع الاجر فاذا طحن الطعام بالآلات المذكورة وتولى العمل من غير تبرع كان لكل واحد ان فيرجع على كل واحد بربع أجرة مثل العمل الصادر اما عنه أو عن دابته والانتفاع بملكه من الرحى والدكان فيرجع العامل بثلاثة ارباع أجرة مثل عمله في طحن ذلك الطعام لان ربع عمله صرف في طحن الربع الذي لزمه طحنه وثلاثة ارباعه في طحن الثلاثة الارباع الباقية التي لزم أصحابه طحنها ولم يسم لعمله في ذلك شيئا معينا فوجب أجرة المثل ويرجع صاحب البغل بثلاثة ارباع مثل طحن الطعام المذكور بالنسبة الى عمل البغل وكذلك الحال في الدكان والرحى وقضية اطلاق كلامهم انه

ولو قال قد استأجرت هذا الدكان والبغل والرحى والرجل بكذا لطحن كذا فالاجر بينهم على قدر أجرة مثلهم لكل واحد من المسمى بقدر حصته (الثالث) لو صاد اواحتطب اواحتش اوحاز بنية انه له ولغيره لم تؤثر تلك النية وكان بأجمعه له (متن)

لافرق بين ان تكون أجرة المثل لكل من هذه الاشياء بقدر ربع المسمى أو أزيد أو أنقص فلو كان المسمى عشرين مثلا كان لكل واحد خمسة ثم ان أجرة مثل العامل لو كانت أربعة رجع بثلاثة دراهم على كل واحد بدرهم وكذا القول في أجرة مثل البغل لو كانت سترجع على كل واحد بدرهم ونصف وعلى هذا القياس وهذه هي الصورة الثالثة وليس المراد من قوله في العبارة فقال استأجرتكم ان هذه صيغة الاجارة ليكون ممن يجوز تقديم القبول على الايجاب وانما هو تصوير المسئلة ﴿ قوله ﴾ ﴿ ولو كان قال استأجرت هذا الدكان والبغل والرحى والرجل بكذا لطحن كذا فالاجر بينهم على قدر أجرة مثلهم لكل واحد من المسمى بقدر حصته ﴾ كما في التذكرة والتحرير وجامع المقاصد غير انه قال في التذكرة في حكاية ذلك عن الشافعي في أحد قوليه انه يوزع المسمى عليهم ويكون التراجع بينهم على ماسبق فظاهره لمكان سكوته عليه اختياره (وفيه) ان الاجارة اذا وقعت على أعيان تلك الاشياء لاوجه للتراجع أصلا لانه هنا يسقط المسمى على أجرة المثل لتلك الاشياء باعتبار ذلك العمل كما لو جمع في عقد البيع بين بيع ملكه وملك غيره بثمن واحد ورضي الغير فانا نقسط الثمن على قيمة المالين وقيمة العمل هنا أجرة مثله فلا يعقل التراجع وحينئذ فلو كانت أجرة مثل عمل ذلك العامل الربع من أجرة مثل الجميع باعتبار ذلك العمل كان له ربع المسمى وهو أربعة ونصف من ثمانية عشر ولو كانت أجرة مثل البغل ثلث أجرة مثل الجميع كان لمالكه ثلث المسمى وهو ستة من ثمانية عشر وكذلك أجرة مثل الرحى لو كانت ثلاثة ارباع سدس مثل الجميع كان لمالكها ثلاثة ارباع سدس المسمى وهي اثنان وربع من ثمانية عشر ولمالك الدكان الباقي وهو سدس وثلاثة ارباع وهو خمسة وربع من ثمانية عشر والمخرج للجميع اربعة وعشرون فلو كان هو أجرة مثل الجميع والمسمى ثمانية عشر مثلا كان للعامل أربعة ونصف ولمالك البغل ستة ولمالك الرحى اثنان وربع ولمالك الدكان خمسة وربع ومجموع ذلك ثمانية عشر وهذه هي الصورة الرابعة وقد عرفت الفرق بينها وبين الثلاثة آنفا ﴿ قوله ﴾ ﴿ لو صاد أو احتطب أو احتش أو حاز بنية انه له ولغيره لم تؤثر تلك النية وكان بأجمعه له ﴾ كما في الشرائع والتحرير وكذا المبسوط وفي (جامع المقاصد والمسالك) ينبغي ان ينزل على ما اذا لم يكن وكيلا للغير والا أتى الاشكال الذي ذكراه في الشرائع والكتاب في توقف تملك المباح على النية (قال في جامع المقاصد) فلا يستقيم الجزم بعدم تملك الغير الا اذا لم يكن وكيلا ثم جزمه بكون المجموع له مع النية المذكورة لا يستقيم الا على القول بأن المباح يملك بمجرد الحيازة ولا عبرة بالنية انتهى ومعناه انا لو قلنا بتوقفه على النية وكان وكيلا ثبت الملك لهما ولو قلنا بعدم توقفه فلا يلزم من القول بعدم توقف تملك المباح على النية عدم توقفه على عدم النية الصارفة عن الملك والا لكان الملك قهريا وان لم يرده كالارث وهو بعيد عند صاحب جامع المقاصد فكان حكم الشيخ في المبسوط والمصنف والمحقق بملك الحائز بنية انه له ولغيره المحاز اجمع محل نظر على القولين أعني توقف تملك المباح على النية وعدمه (ونحن نقول) ظاهر كلام الاصحاب حيث يتعرضون للمسئلة ان

وهل يفتقر المحيز في تملك المباح الى نية التملك اشكال (متن)

ليس هناك الا قولان وظاهرهم انه يملك قهرا وان نوى عدم الملك ولم نجد الثالث الا المحقق الثاني وهو انه لا يتوقف على النية لكن يتوقف على عدم النية الصارفة عن الملك فكان حكم الشيخ في المبسوط والمحقق في الشرائع والمصنف في كتابيه بكون المجموع له وان نوى غيره معه مستقيما على القول بانه لا يتوقف على النية وصاحب هذا القول لا يتحاشى عن القول بانه كالارث كما افصح به جزمهم بكون المجموع له في المسئلة بل في المبسوط والتحرير أنه لو أخذه بنية انه لغيره فقط كان باجمعه له وليس لهم في رده الا انه بعيد وهو كما ترى ويأتي الشيخ والقاضي وابن سعيد والمصنف في مضاربة الكتاب انه لو دفع شبكة للصائد فالصيد للصائد وعليه أجرة الشبكة وستسمع تمام الكلام في المسئلة الآتية وقد سمعت الجمع بين جزمهم هنا وجزمهم بصحة الاستئجار للصيد والاحتشاش والاحتطاب ﴿قوله﴾ ﴿ وهل يفتقر المحيز في تملك المباح الى نية التملك اشكال ﴾ أقربه أنه يفتقر اليها كما بيناه في باب اللقطة واستدللنا عليه بالاخبار المستفيضة الواردة فيما يوجد في جوف السمكة مما يكون في البحر المشتملة على المعجزة والاجماعين الظاهرين من التذكرة والمختلف وعضدناها بالشهرات والاصل والمحقق الثاني على ذلك ايرادات وشبهات واهيات كما ستعرف قال في بيان وجه الاشكال ينشأ من أن اليد سبب في الملك ولهذا تجوز الشهادة بمجرد اليد وان الحيازة سبب لحصول الملك في المباح في الجملة قطعا بالاتفاق الا ان اقصى ما يقول المشترطون انها سبب ناقص لحصول الملك لها في الجملة أمر محقق واشتراط النية لا دليل عليه فينفى بالاصل (فان قيل) الاصل عدم الملك الا بالنية لان الاصل في المباح عدم الملك فيستصحب الى أن يحصل الناقل (قلنا) أصلان تعارضا فتساقطا وتبقى سببية اليد بغير معارض ومن انه قد تكرر في فتوى الاصحاب ان ما يوجد في جوف السمكة مما يكون في البحر يملكه المشتري ولا يجب دفعه الى الصائد ولا تعريفه اياه ولو كانت الحيازة كافية في التملك لوجب دفعه اليه قال (وفيه نظر) لانا لا نسلم ان ما في بطن السمكة مما لا يعد جزأ لها ولا كالجزء مثل غذائها يعد محوزا بحيازتها ولو سلم فاقصى ما يلزم اشتراطه اما القصد الى المحوز بالحيازة والشعور به ولو تبعا اما نية التملك فلا ويؤيد الاول انه لو شرطت النية في حصول الملك لم يصح البيع قبلها لانتفاء الملك والثاني معلوم البطلان لاطباق الناس على فعله في كل عصر من غير توقف على العلم بحصول النية حتى لو تنازعا في كون العقد الواقع بينهما أهو بيع او استنقاذ لعدم نية التملك لا يلتفت الى قول من يدعي الاستنقاذ قال وقال الشارح الفاضل انه اورد ذلك على والده فاجاب عنه بان ارادة البيع تلزم نية الملك وهذا الجواب انما يتم فيمن حاز وتولى البيع فلو تولاه وارثه الذي لا يعلم بالحال أو وكيله المفوض اليه في جميع اموره بحيث يتصرف في بيع ما حاز من المباحات بالوكالة العامة لم يندفع السؤال ويرد عليه أيضا ان حيازة الصبي والمجنون على ما ذكروه يجب أن لا تثمر الملك جزما لعدم العلم بالنية وعدم الاعتداد باختيارهما خصوصا المجنون ولو خلف ميت تركة فيها ما علم كونه مباح الاصل ولم يعلم نية تملكه لا يجب على الوارث تسليمه في الدين والوصية انتهى كلامه برمته (ونحن نقول) قوله لا دليل عليه قلنا قد عرفت ان دليله بعد الاصل الاخبار والاجماعات المعتضدة بالشهرات والاصل بمعنى الاستصحاب مع اعتضاده باصل الاباحة واصل البراءة من وجوب الاجتناب مانع من التمسك باصل عدم الاشتراط

﴿ المقصد الخامس في القراض ﴾ (متن)

لانا اذا استصحبنا عدم الملك الى ان يعلم الناقل بيقين ولم يعلم بمجرد اليد والحيازة لا يصح التمسك باصل عدم الاشتراط حينئذ وهذا على تقدير تسليم كونه أصلا أصيلا والا فهو مبني على تقدير وجود عموم او اجماع يدل على ان الحيازة وحدها سبب تملك والاجماع ممنوع ولم يوجد هذا اللفظ في خبر من الاخبار فالقول بأنهما متعارضان غفلة قطعا وعلى تقدير التسليم فالاصل الاول أصيل معتضد بعد أصلي الاباحة والبراءة بما عرفت من الاخبار والاجماعات (قوله) ان ما في بطن السمك مما لا يعد جزأ لها ولا كالجزء مثل عقد انها لا يعد محوزا بحيازتها فيه نظر واضح اذ لا ريب في حصول معنى الحيازة لجميع ما صار تحت يده فكيف يقول ان ما في بطنها لا يعد محوزا اذ معنى الحيازة لغة وعرفا هو الاستيلاء ووضع اليد وهما حاصلان واما تخلفت النية تفوت الملك لفوات النية ثم ان ذلك فرع وجود الحيازة في خبر أو اجماع وكلاهما ممنوعان (قوله) أقوى ما يلزم التعدد الى المحوز بالحيازة أو الشعور به وما فيما لا النية ان كان معناه انه يعتبر في تحقق الحيازة اما القصد الى المحوز أو الشعور به وما في بطنها لا قصد اليه ولا شعور به فضاده واضح لانك قد عرفت ان معنى الحيازة هو الاستيلاء ووضع اليد وانهما حاصلان فلا دليل على اعتبار الشعور في تحققها مضافا الى مفاسد اخر كثيرة وان كان معناه انه يعتبر في تحقق الملك القصد الى المحوز كما في اجزاء السمكة فان القصد الى الاجزاء حاصل اجمالا ولا أقل من الشعور به وما في بطنها لا شعور به أصلا فضلا عن قصده (فيه) ان النية ليست الا قصد الحيازة لنفسه فكيف يقول لا النية (لا أن تقول) ان نية التملك بالحيازة غير قصد الشيء بها وتوجه النظر اليه لا غافلا ولا ساهيا (فيه) مع انه خلاف مذهبه ان القصد الاجمالي بهذا المعنى ان سلم ما في جوفها حاصل في الجملة ولا حاجة الى العلم والشعور فلم يكن تخلف الملك الا لتخلف النية سلمنا لكن أصل عدم الملك يقضي بتوقفه على النية لانه محل اليقين وما عداه مشكوك فيه (قوله) ويؤيد الاول الى آخره فيه ان الذي أطبق الناس على فضله البناء في اليد على ظاهر الملك لا على الحكم بالملك في نفس الامر والكلام في تحقق الملك للمحيز في نفس الامر وفيما بينه وبين الله عز وجل لا بحسب الظاهر والفرق بين الامرين ظاهر وبالجملة لا يلزم من جعل اليد علامة عند اشتباه الحال كونها دليلا في نفس الامر واستوضح ذلك فيما اذا وضع يده غير ناو للملك أو قال لم أنو الملك ومنه يعلم حال ما اورده على جواب المصنف لولده بان يقال ان تصرف الوارث والوكيل مبني على الظاهر وان كان لم يتحقق الملك في نفس الامر ولعل الاولى أن يقول في المثال لو تنازعا في المعاملة بدل العقد واما الايراد بحيازة الصبي والمجنون فجوابه انه ان بني الحكم في المسئلة على الحكم في نفس الامر فتى لم يحصل قصد الى الاختصاص بالمباح فالاصل يقتضي عدم الملك وذلك بالنسبة الى المحيز نفسه واما بالنظر الى غيره فاذا رأى تحت يده شيئا من ذلك فحكم له به ظاهرا ولا يجوز تناوله بغير اذنه لان الشارع جعل اليد دليلا ظاهرا على الملك فالصبي المميز معتبر القصد والحيازة وكذا المجنون في بعض حالاته فليتأمل جيدا

﴿ المقصد الخامس في القراض ﴾

هو والمضاربة لفظان مترادفان على معنى واحد كما في المبسوط وفقه القرآن والغنية والسرائر وشرح الفخر والمهذب البارع وهو معنى ما في الوسيلة وغيرها من ان القراض هو المضاربة وقد صرح في اكثر هذه

وفصوله ثلاثة (الاول) في اركانه وهي خمسة (الاول) العقد فالايجاب قارضتك او ضاربتك اوعاملتك على ان الربح بيننا نصفين اومتفاوتا والقبول قبلت وشبهه من الالفاظ الدالة على الرضا

ان القراض لغة أهل الحجاز والمضاربة لغة اهل العراق وقد تعرض جماعة للوجه في الاشتقاق وقد صرح في المبسوط وفقه القرآن والتذكرة والتحرير وايضاح النافع انه ليس لرب المال اشتقاق من المضاربة فلا يقال له مضارب اسم فاعل ولا مفعول وانما يقال للعامل مضارب اسم فاعل وصرح جماعة بانه يقال لرب المال مقارض بكسر الراء وللعامل بفتح الراء قالوا ولما كان صاحب المال طالبا والعامل مضاربا صار الضرب كانه صادر عنهما وهذه المعاملة جائزة باجماع الامة والكتاب كما في المبسوط والسرائر و باجماع الامة ولا خلاف فيه بين الامة كما في المهذب البارع ونحوه ما في الغنية من نفي الخلاف وظاهره بين المسلمين وفي (مجمع البرهان) ان الظاهر انه لا خلاف فيها بين المسلمين وفي (الروضة) في رد كلام المفيد والشيخ في النهاية وابي الصلاح ان اجماع المسلمين يدفعه (قلت) هذه الاجماعات أيضا تدفعه وفي (فقه القرآن والتذكرة والمهذب البارع أيضاً والتنقيح والكفاية) وغيرها انها جائزة بالنص والاجماع وفي (المسالك والكفاية) أنه لا خلاف في أنها عقد جائز من الطرفين وبذلك قد طفحت عباراتهم لكن في جامع الشرائع انها عقد لازم من الطرفين فلعل في النسخة غلطا والا لما اغفلوه ﴿قوله﴾ (وفصوله ثلاثة (الاول) في اركانه وهي خمسة (الاول) العقد فالايجاب قارضتك أو ضاربتك أو عاملتك على ان الربح بيننا نصفين أو متفاوتا) ظاهر العبارة حصر الفاضل الايجاب في الثلاثة وليس بمراد لانه عبر بمثل ذلك في التذكرة (ثم قال) بعد ذلك ولا يختص الايجاب لفظا وبذلك صرح في المهذب البارع وهو معنى ما في التحرير والتنقيح حيث قيل فيهما وما ادى معنى ذلك وقضية كل ما قيل فيه انها عقد كالسرائر وجامع الشرائع وشرح الفخر ولم يبين فيها الفاظه اذ العقد ظاهر او صريح في اللفظ كما تقدم بيانه في باب العارية والوديعة ومعنى ما في المبسوط وفقه الراوندي والوسيلة والغنية والنافع والتبصرة واللمعة والروض والروضة والمفاتيح وكذا النهاية من قولهم ان القراض والمضاربة ان يدفع مالا الى غيره الى آخره فان فيه تنبيها على انه لا يختص لفظا بل قد يقضي ذلك بانه لا يحتاج الى اللفظ ويكفي فيها المعاطات ولا ريب عندنا فى جريانها فيها كما بيناه فى باب العارية والوديعة وفي (مجمع البرهان) أن والكفاية الدليل مايقتضي سوى اعتبار مادل على التراضي أما كون الدال لفظا فوجهه غير ظاهر وفيه ماستسمع ﴿قوله﴾ (والقبول قبلت وشبهه من الالفاظ الدالة على الرضا) قضية انه لابد فيه من اللفظ وهو قضية كل من قال انه عقد كما أنه قضية الضوابط لانه يجب الاقتصار فيما خالف الاصل الدال على ان الربح تابع لاصل المال على المتيقن (وقال فى التذكرة) الاقرب انه لايعتبر فيه اللفظ وفى (الروضة) أنه لايخلو من قوة وقد يشهد له مافى المبسوط وما ذكر بعده من ان القراض أن يدفع الى آخره فتأمل وانه وكيل في المعنى ويكفي في الوكالة القبول الفعلي لكنه قد اعتبر فى التذكرة في العقد التواصل بين الايجاب والقبول اذ اعتبار التواصل مناف لعدم اعتبار القول في القبول الا ان يقال أنه لابد من التواصل فى القبول الفعلي بان يأخذ المال بعد صيغة الايجاب بلا فصل وهو بعيد جداً لانهم لم يشترطوا ذلك في القبول الفعلي فى الوكالة ولابد من ملاحظة ماتقدم في باب العارية والوديعة وقدسمعت ما في مجمع البرهان والكفاية هنا (وقال في التذكرة) اذا دفع الانسان الى غيره مالا ليتجر به فلا يخلو أما

ان يشترطا قدر الربح بينهما أولا فان لم يشترطا شيئا فالربح باجمعه لصاحب المال وعليه أجرة المثل للعامل وان شرطا فان جعلا جميع الربح للعامل كان المال قرضا ودينا عليه والربح والخسارة عليه وان جعلا الربح باجمعه للمالك كان بضاعة وان جعلا الربح بينهما فهو القراض الذي عقد الباب لاجله انتهى وقد حكاه عنه فيها جماعة ساكتين عليه وقد تنبه (نبه ظ) على ذلك (على نحو ذلك خ ل) في المبسوط والنتيجة والسرائر وجامع الشرائع وغيرها وزيد في الوسيلة السفتجه (١) والوديعه وقال في الكفاية أن قوله وعليه أجرة المثل لايخلو عن تأمل وكذا قوله كان المال قرضا ودينا عليه وقد أخذ ذلك من مجمع البرهان حيث تأمل في هذين الامرين حيث قال أن قوله وعليه أجرة المثل للعامل محل تأمل لان الاصل عدم لزوم الاجرة لقيام احتمال التبرع الا أن يكون هناك مايفيد ذلك ويدل عليه بحيث يكون نصا ومفيدا لذلك عرفا غالبا فيلزم أجرة المثل والا فهو تبرع وأجاب عنه في الرياض بانه مخصوص بصورة جريان عقد القراض وحينئذ فصدور العقد منهما حينئذ أقدام منهما على عدم خلو عمل العامل عن أجرة وعلى عدم التبرع وحيث انتفى احتماله وجبت أجرة المثل مع ان العدم يستلزم الضرر على العامل (وفيه) على بعده جدا أنه حمل القسم على معنى قسيمه ومقابله على أن العلاوة لاوجه لها لانه يقال فى جوابها أنه هو أدخله على نفسه باقدامه اواغفاله وتركه لذلك ولعل الاقعد في الجواب هو ما اتفق عليه الاصحاب من أنه من أمر غيره بعمل له أجرة عادة والعامل من عادته ذلك فعمل استحق عليه أجرة المثل وقد قال في اجارة مجمع البرهان أنه مشهور بل احتمل أنه مجمع عليه وقد قلنا هناك انه عليه وليس من قبيل ادّ عني ديني واعطني مافي يدك ولم يقل وعليّ عوضه وان وجه الفرق استمرار الطريقة على ذلك في ذلك وان الاصل أنه من باب معاطاة الاجارة وقد أشار في مجمع البرهان هنا الى ذلك ولكنه تأمل في كونه من ذلك ولعله لان كلامهم هناك مفروض فيمن دفع لغيره شيئا أوسلعة ليعمل فيها عملا كالغسال والقصار وقد بينا هناك أنه لافرق في ذلك كما افصحت به هنالك عبارة الارشاد وغيرها (وقال في مجمع البرهان) في التأمل في قوله في التذكرة كان المال قرضا ودينا ان القرض يحتاج الى صيغة والغرض عدم وجودها وما وجدت الا مثل قوله اتجر فيه ويكون الربح لك وخروج المال عن ملك مالكه ودخوله فى ملك آخر بمثل ذلك مشكل فيحتمل أنه أراد في التذكرة بكونه قرضاً ودينا أنه اذا تصرف فيه كان دينا في ذمته (واجاب في الرياض) بانه لعل المراد أن اشتراط الربح لهما معا انما يكون في القراض واشتراطه للعامل خاصة انما يكون في القرض وللمالك خاصة انما يكون في البضاعة وهذا لايدل على حصول القراض والقرض بمجرد ذلك كما يوهمه ظاهر كلام التذكرة (قلت) كلام التذكرة مسوق لبيان ذلك وذلك يكون اما على سبيل بيان المقاولة التي تكون قبل ايقاع الصيغة في العقدين ولعله أراده بقوله لعل أو على سبيل المعاطاة فيهما لانها تكون بدون لفظ فكيف اذا كانت بمثل قوله اتجر به وعليك ضمانه أوربحه لك أو اتجر به واعطني عوضه ونحو ذلك وهذا هو المراد من الاخبار التي ذكرها في الرياض حيث قال ويحتمل الاكتفاء بمجرد هذا الاشتراط في القرض للمعتبرة المستفيضة وفيها الصحيح والموثق وغيرهما من ضمن تاجراً فليس له الا راس ماله وليس له من الربح شيء لظهورها فى انه بمجرد تضمين التاجر يصير المال قرضا

---

(١) السفتجه قيل بضم السين وقيل بفتحها واما التاء فمفتوحة فيهما فارسي معرب وفسرها بعضهم فقال هي كتاب صاحب المال لوكيله أن يدفع مالا قرضا يأمن به من خطر الطريق والجمع السفاتج (المصباح المنير)

وهو عقد قابل للشروط الصحيحة مثل ان لا يسافر بالمال أو لا يشتري الا من رجل بعينه أو قماشا معينا وان عز وجوده كالياقوت الاحمر أو لا يبيع الا على رجل معين ولو شرط ماينافيه فالوجه بطلان العقد مثل ان يشترط ضمان المال او سهما من الخسران أو لزوم المضاربة أو لا يبيع الا برأس المال أو أقل (متن)

وهو في معنى اشتراط الربح فان الامرين من لوازم القرض انتهى ولم يتعرض الوجه في كونه بالتضمين يصير قرضا حتى يحصل اشتراط الربح عليه والوجه في ذلك ماقلناه من أنه من باب المماطلة في القرض وظاهر التذكرة وغيرها مما تأخر عنها عدا ماستسمع عدم لزوم الاجرة للعامل في البضاعة (وقال في التنقيح) ان اشترط الربح لنفسه خاصة دون العامل فذاك بضاعة فان قال مع ذلك والاجرة لك فهو توكيل في الاسترباح من غير رجوع عليه وان قال ولك أجرة كذا فان عين عملا مضبوطا بالمدة أو العمل فذاك اجارة وان لم يعين فجعالة وان سكت فان تبرع فلا أجرة وان لم يتبرع وكان ذلك الفعل له أجرة فله أجرة مثله وهو جيد جداً و يقرب منه مافي المهذب وعليه ينزل كلام التذكرة وما وافقها لما تقدم في الاجارة كما نبهنا عليه آنفا ﴿ قوله ﴾ ﴿ وهو عقد قابل للشروط الصحيحة مثل أن يسافر بالمال ولا يشتري الا من رجل بعينه أو قماشا معينا وان عز وجوده كالياقوت أو لا يبيع الا على رجل معين ﴾ قد صرح في المبسوط والتذكرة والكتاب فيما يأتي وجامع المقاصد والكفاية بصحة هذه الشروط عدا الاول فانه لم يصرح به فيما هنا لكنه قضية كلامهم ويأتي التصريح به في محله وفي (التذكرة) ان هذه الشروط الثلاثة مخصصة للاطلاق وذلك جائز بالاجماع ونسب فيها جواز هذه الشروط الثلاثة ولزومها ولو قال وجود ماعينه وعز تحصيله وكان نادرا الى علمائنا ونسب الخلاف في ذلك الى الشافعي ومالك قالا ان ذلك تضييق يخل بمقصود المضاربة وفي (جامع المقاصد والمسالك والمفاتيح) أنه لا خلاف عندنا في جواز هذه الشروط الثلاثة ولزومها وان ضاقت بسببها التجارة واطلاق النصوص دال عليه وفي (الغنية والسرائر) ان تصرف المضارب موقوف على اذن صاحب المال ان أذن له في السفر به أو شرط على ان لا يتجر الا في شيء معين أولا يعامل الا انسانا معينا فخالف لزمه الضمان وهذا صريح في صحة هذه الشروط وقال في (السرائر) بعد ذلك بلا فصل بدليل اجماع اصحابنا على جميع ذلك وهو أي الاجماع على جميع ذلك ظاهر الغنية أيضا وقد فسرت عبارتا النافع واللمعة حيث قيل فيهما يقتصر على ما اذن له المالك بنوعها ومكانها وزمانها ومن يشتري منه و يبيع عليه والامر في ذلك واضح لمكان الاطلاقات لا دلالة إذ لا مانع غير التضييق وهو غير مانع كالوكالة كما أنه لا مزية لهذا العقد في قبوله الشروط الصحيحة اذ كل عقد قابل لذلك ولعلهم انما نصوا عليه لمكان خلاف الشافعي ومالك فليتأمل جيدا ﴿ قوله ﴾ ﴿ ولو شرط ماينافيه فالوجه بطلان العقد مثل ان يشترط ضمان المال أو سهما من الخسران أو لزوم المضاربة أو ان لا يبيع الا برأس المال أو أقل ﴾ قد صرح ببطلان العقد فيما اذا اشترط لزوم المضاربة الى أجل مطلقا في المبسوط وجامع الشرائع والشرائع والتذكرة والايضاح وجامع المقاصد والمسالك وفي (الروضة) انه المشهور وتصويره أن يقول قارضتك سنة على أن لا أملك منعك فيها ولا أملك الفسخ فيها وفي (التحرير واللمعة) أنه لا يصح اشتراط اللزوم ولعلهما أرادا أنه لا يجب الوفاء بالشرط وحاصله أنه يفسد الشرط و يصح العقد وعبارة اللمعة كادت تكون صريحة في ذلك وقد يكونان موافقين للجماعة كما احتمله في الروضة من عبارة اللمعة وقد اشار

ولو شرط توقيت المضاربة لم يلزم الشرط والعقد صحيح (متن)

المصنف الى وجه بطلان العقد بأن هذا الشرط مناف لمقتضاه واليه استند الشيخ والمحقق ومن وافقهما ومعناه أن التراضي في العقد لم يقع الا على وجه فاسد فيكون باطلا ووجه فساده أن مقتضى العقد ان لكل منهما فسخه لانه جائز فاذا شرط ماينافيه فسد العقد لفساد الشرط ووجه صحة العقد أن بطلان الشرط لايقتضي بطلان العقد كما ذهب جماعة الى مثله في البيع (وأجاب في جامع المقاصد) بان التراضي في العقد شرط ولم يحصل الا على الوجه الفاسد فيكون غير معتبر فيفوت شرط الصحة ومعناه انه لايمكن الاستناد في الصحة الى عموم أوفوا بالعقود لان العموم مقيد قطعا بما وقعت عليه وما حصل به التراضي والعقد. هنا انما وقع على الشرط المقارن و بفقده حصل التراضي فاذا انتفى انتفى التراضي وهو شرط في الصحة اجماعا ولولا اتفاق الكلمة منا على بطلان الشرط لامكن القول بصحته ولا نسلم منافاته لمقتضى العقد فليتأمل ومما ذكر يعلم الحال في الشروط الباقية والبطلان فيها صريح التذكرة في آخر الباب والايضاح وقضية كلام الباقين لان الرابع والخامس منافيان لمقتضى العقد وهو الاسترباح والاولان ليسا من مقتضاه ولاهما مصلحة فتأمل فيهما ﴿ قوله ﴾ ﴿ ولو شرط على العامل توقيت المضاربة لم يلزم الشرط والعقد صحيح ﴾ توقيت المضاربة يقع مع الاطلاق والتقييد فالاطلاق أن يقول قارضتك على هذا المال سنة والتقييد أن يقول قارضتك سنة فاذا انقضت فلا تبع ولا تشتر أو فبع ولا تشتر أو بالعكس ومعنى عدم لزوم الشرط عدم صحته بمعنى عدم ترتب أثره عليه وهو لزومها الى الاجل فيكون لكل منهما الفسخ متى شاء وقد أطلق المصنف كما سمعت هنا وفي (الارشاد) وما يأتي أيضا في الكتاب حيث قال ولايلزم الاجل ومثله مافي جامع المقاصد والروض ومجمع البرهان ومثله قوله في النافع لايلزم فيها اشتراط الاجل وكذا ايضاحه وهو معنى قوله في اللمعة لايصح فيها اشتراط الاجل ومثله مافي الرياض (١) وقد قيل فيها كلها عدا النافع أنه يثمر المنع من التصرف وفيه دلالة على صحة العقد وقيد في التذكرة عدم لزوم الشرط وصحة العقد بصورة الاطلاق وستسمع كلامه في صورة التقييد وعكس في التحرير قال لايلزم التأجيل تارة يقول قارضتك الى سنة فاذا مضت فلا تبع ولا تشتر قاله الشيخ ولو قيل بالجواز كان حسنا انتهى وفي (جامع الشرائع) انه لو قارضه سنة بشرط ان لايبيع ولا يشتري صح القراض وفسد الشرط وان شرط ان لايشتري بعد السنة صح القراض والشرط انتهى (وقال في الشرائع) لو اشترط الاجل لم يلزم لكن ان قال ان مرت بك سنة فلا تشتري بعدها وبع صح فقد صرح بالصحة في بعض صور التقييد وقد وافقه على الاخير في التحرير وقد سمعت ما في جامع الشرائع ومرادهما قصر الصحة على خصوص المثال لا كما فهمه من الشرائع في المسالك من العموم كما ستسمع فيكون قائلا في الشرائع بصحة الشرط في جميع صور التقييد كما هو خيرة التذكرة وما يأتي في الكتاب وجامع المقاصد والمسالك والروضة والكفاية والرياض وصرح في المبسوط والمهذب فيما اذا قال قارضتك على الف سنة فاذا انتهت فلا تبع ولا تشتري ببطلان القراض وبالصحة فيما اذا قال قارضتك سنة على انك تمتنع من الشراء دون البيع اذا انقضت السنة فقد تحصل من ظاهر كلامهم ان بعضا يقول ببطلان الشرط في صورة التقييد والاطلاق وبعضا يقول به في بعض صور التقييد وبعضا يقول به في صورة الاطلاق فقط

(١) الذي وجدناه في النسخة هكذا ـ الرياضه ـ وهو تحريف الرياض أو الروضة فليراجع (مصححه)

و بعضا يقول ببطلان العقد والشرط في بعض التقييدات وصحتهما معا في بعض التقييدات (وكيف كان) فحجة القائلين ببطلان الشرط وعدم لزومه وصحة العقد حيث يقول قارضتك سنة ان الشرط غير مناف لمقتضى العقد ولا موجب لفساده لان مرجعه الى تقييد التصرف بوقت خاص وهو غير مناف لمقتضاه اذ ليس مقتضى عقد المضاربة الا الاطلاق بخلاف اشتراط لزومها الى أجل قلت قد فسروا قولهم لا يلزم التأجيل فيها لا يصح اشتراط التأجيل فيها لو شرط توقيتها لم يلزم الشرط بانه لا يترتب أثره عليه وهو لزومها الى الاجل وهذا يقضي بان ذلك يفيد اشتراط لزومها فيكون كاشتراط لزومها الى أجل ولو كان مرجعه الى تقييد التصرف بوقت خاص ما صح لهم ان يقولوا فسد الشرط ولا ان يقولوا لا يصح اشتراط الاجل بل الواجب ان يقولوا كما في المسالك صح العقد والشرط أما الشرط ففائدته المنع من التصرف وأما العقد فلان الشرط المذكور لا ينافيه ثم ان الشافعي قال ان مقتضى عقد المضاربة الاطلاق وقد سلم له ذلك المصنف في التذكرة وهو كذلك كما هو واضح لمن تأمل و بعد ذلك كله فلا ريب أن معنى قوله قارضتك سنة غير معنى قوله قارضتك سنة على ان لا أملك الفسخ فيها لكن عباراتهم غير جيدة جدا وفسر في الرياض قوله في النافع ولا يلزم اشتراط الاجل فيها بان الاجل المشترط فيها حيث كان لاغير لازم بل كان جائزا لكل منهم الرجوع فيه لجواز أصله وهو القراض بلا خلاف فلان يكون الشرط المثبت فيه جائزا بطريق أولى انتهى وهو كما ترى مصادرة محضة بل ربما كانت مصادرة ثم أنه قد تقدم له آنفا أنه لو شرط على العامل في المضاربة نوعا أو زمانا أو مكانا أو نحو ذلك لزم الشرط الى غير ذلك مما يأتي مما يلزم اذا اشترط فيها وأطرف منه أنه احتمل في العبارة المذكورة ان يكون معناها انه لا يجب أن يشترط فيها الاجل بل تجوز مطلقا للاصل والعمومات مع انه أردف في مثلها بقولهم لكنه يثمر المنع من التصرف بعد الاجل وكما سمعت ثم اما في اضطراب من ذكر التوقيت حتى قيل أنه مناف مقتضاها وعلى تقدير عدم منافاته فلا معنى له بالنسبة الى المقصود منها وهو تنمية المال وليس لها مدة مضبوطة فكيف يتوهم متوهم أنه يجب اشتراطه حتى يقال لا يجب اشتراطه وقد احتج في (المبسوط والمهذب) على بطلان القراض فيما ذكرا بان مقتضى العقد أن يتصرف في المال الى أن يؤخذ منه المال ناضا ومن الغريب اغفالهم جميعا خلافه عدا التحرير فانه حكاه فيه عنه بقوله فيه ولا يلزم التأجيل الى آخر ما حكيناه عن التحرير وهو خلاف ما في المبسوط الا أن تقول ان معنى قوله في التحرير لا يلزم التأجيل انه لا يجوز وأنه يفسد العقد والشرط لانه حكاية كلام المبسوط ولانه قال بعده ولو قيل بالجواز كان حسنا مضافا الى ماستسمع ويتقدح من ذلك ان من قال لا يلزم التأجيل ولم يردفه بقوله انه يثمر المنع من التصرف كالمحقق فى الشرائع والنافع يكون مراده انه لا يصح العقد والشرط وعبارة الشرائع ظاهرة في ذلك جداً حيث قال فيها بعده ولكن ان قال ان مرت بك سنة فلا تشتري بعدها صح اذ قضيته ان ماقبله غير صحيح وهذا شاهد ثالث على مافهمناه من عبارة التحرير لانه أتى بمين هذه العبارة وحينئذ يقل الاضطراب ويهون الخطب في الباب لكن يكون شارحوا كلامه لم يصلوا الى مرامه ولا مانع من ذلك لعدم العصمة فيهم شكر الله سبحانه جميع مساعيهم ومن أردف ذلك بقوله بعد ذلك أنه يثمر المنع كالارشاد واللمعة فمراده ان ذلك فيما اذا قال قارضتك سنة ولا يشمل ما اذا قال فاذا انتهت السنة فلا تبع ولا تشتر لوجوه ظاهرة ومنه يعلم حال ما في الروضة حيث اقتضى كلامها ارادة ذلك من كلام اللمعة وستسمع ما في المسالك وقد يحتج

لـكن ليس للعامل التصرف بعده ولو شرط على العامل المضاربة في مال آخر أو يأخذ منه بضاعة أو قرضا او يخدمه في شيء بعينه فالوجه صحة الشروط (متن)

لما في المبسوط بما احتج به الشافعي من ان هذا الشرط يخالف مقتضى العقد لان مقتضاه الاطلاق ورد رأس المال تاما ومع المنع لايحصل ذلك ولأن فيـه ابطال عوض العامـل والاضرار به لان الربح قد يكون في بيعه بعد السنة واحتج في التذكرة على الجواز بانه شرط جائز فيجب العمل به وأجاب بان مقتضاه الاطلاق اذا لم يقطع بالشرط كسائر الشروط في العقود وان مقتضاه رد المال لولم يمنعه المالك واضرار العامل يندفع بالاجرة وقد يكون المالك محتاجا الى رأس ماله فيقدم دفع ضرره ومصلحته على مصلحة العامل (واحتج في المبسوط) على الصحة فيما اذا قال قارضتك سنة فاذا انتهت فامتنع من الشراء دون البيع بأنه شرط ماهو موجب العقد ومقتضاه لان لرب المـال أن يمنع العامل أي وقت شاء فاذا عقد على هذا كان شرطا من مقتضي العقد وموجبه فلم يقدح فيه انتهى وقضية كلامه أنه اذا قال فاذا انتهت السنة فلاتبع بعدها ان يبطل القراض وهـذا هو السر في الاقتصار في الشرائع والتحرير على قولهما لـكن لوقال ان مرت بك سنة فلا تشتر بعـدها وبع صح لان ذلك من مقتضى العـقد وتوهم صاحب المسالك في ذلك وهما فاحشا فقال في شرح كلام الشرائع لان أمر البيع والشراء منوط بأمر المالك فله المنع منهما بعد السـنة فمن أحدهما أولى ومثله مالو عكس بان قال لاتبع واشتر وانمـا لم يذكره لان البيع هو المقصود في هذا المال بجلب الربح وتحصيل الانضاض انتهى ونحوه مافي الروضـة والرياض وهو وان كان في نفسه سديدا موافقا لما في التذكرة لكن حمل عبارة الشرائع عليه وهو شـديد والحق أن التأجيل في صورتي الاطلاق والتقييد لايلزم ولا يصح بمعنى ان لـكل منهما عدم الجرى على مقتضاه والعقد يكون صحيحا لانه تحديد للمضاربة وتوقيت لها لااشتراط لزومها حتى يبطل عـقدها للفرق الظاهر بين الصيغتين كما عرفت آنفا لكن في صورة التقييد اذا قال فاذا انقضت السنة فلا تشتر ولاتبع يكون قد فسخ عقـدها وكذلك لاتبع وكذلك بع ولاتشـتر ومع ذلك هي قيود وشروط صحيحة ويمكن تنزيل كلامهم على ذلك ﴿ قوله ﴾ (لكن ليس للعامل التصرف بعده) قد عرفت أنه قد صرح بذلك في التـذكرة والارشاد واللمعة وايضاح النافع وجامع المقاصـد والروض والمسالك والروضة ومجمع البرهان والمفاتيح ﴿ قوله ﴾ (ولو شرط على العامل المضاربة في مال آخر أو يأخذ منه بضاعة أو قرضا أو يخدمه بشيء بعينه فالوجه صحة الشرط) قد قسم العامـة الشروط الفاسدة الى ماتنافي مقتضى العقد والى ماتعود الى جهالة الربح والى ماليس مصلحة فيه ولا هي من مقتضياته وقد عدوا هذه الشروط المذكورة في الكتاب من الشروط الفاسدة لانها ليست مصلحة في العقد ولا من مقتضياته ومثلها اشتراط أن يرتفق بالسلعة كأن يلبس الثوب ويستخدم العبد ولعلهم يستندون الى ان هذا العقد على خلاف الاصل فيقتصر فيه على المتيقن ونص في التحرير على بطلانها وافسادها العقد ان اقتضت جهالة وفي موضع من التذكرة أنه لابأس ونص في موضع آخر منها في تذنيب ذكره أنه يصح العقد والشرط معا فيما اذا اشترط ان يأخذ منه بضاعة وهو خيرته في المختلف وولده في الايضاح وقد مال اليه أوقال به في الشرائع حيث قال ولوقيل بصحتهما كان حسـنا وقد فهم منـه في المسـالك الحكم بذلك وأنه الاقوى وقد حكى في الشرائع والتـذكرة القول ببطلانهـما والقول ببطلان الشرط

فقط وصحة العقد وهما محتملان من قول العامة ان هذه الشروط فاسدة اذ يحتمل فسادها وحدها وفساد العقد أيضا وبالاول جزم القاضي في المهذب وقد صرح به في المبسوط في أول كلامه وقال في آخر كلامه ولو قلنا القراض صحيح والشرط جائز لكنه لا يلزم الوفاء به لان البضاعة لا يلزم القيام بها لكان قويا ولعل المحقق والمصنف فهما من قوله والشرط جائز الى آخره أنه باطل والا فلا تصريح لاحد منا هنا القاضي ولا من العامة ببطلان الشرط فقط ومع ذلك قد نسب ذلك في المسالك الى الشيخ في المبسوط ووجه بانه لا يلزم القيام بالبضاعة فلا يفسد اشتراطها بل تكون لاغية لمنافاتها العقد ويصح العقد انتهى فتأمل في النسبة والتوجيه وستسمع ما فيه (وقال في جامع الشرائع)ولو اعطاه الفا قراضا على ان يأخذ منه الفا بضاعة جاز ولم يلزم الوفاء به وهو تحرير المبسوط ولكن قد قال في جامع المقاصد ان المصنف وجماعة صرحوا بصحة القراض والشرط وصرح في التحرير بانه لا يلزم الوفاء به وهو حق لان العقد جائز من الطرفين (قلت) قد سمعت أنه في التحرير صرح أيضا بصحة الشرط ونحوه ما في المسالك في آخر كلامه وقالا فيها ان الذي يقتضيه النظر ان للمالك الفسخ لفوات ما جرى عليه التراضي فيكون للعامل أجرة المثل وللمالك الربح كله لكن الشهيد الثاني تأمل في كون الربح كله للمالك اذا كان الفسخ بعد ظهور الربح وملك العامل له انتهى (ونحن نقول) ان الاقوى والاشبه باصول المذهب صحة العقد والشرط وفاقا للكتاب وما وافقه الا فيما يقتضي جهالة كاستخدام العبد ولبس الثوب ونحو ذلك وفي الكل نظر واضح كل من وجه (أما الشيخ) فانه استدل على بطلانهما بما نصه وهو ان العامل في القراض لا يعمل عملا لا يستحق في مقابله عوضا فبطل الشرط واذا بطل الشرط بطل القراض لان قسط العامل يكون مجهولا فيه وذلك ان رب المال ما قارض بالنصف حتى اشترط على العامل عملا بغير جعل وقد بطل الشرط واذا بطل ذهب من نصيب العامل وهو النصف قدر ما زيد فيه لاجل البضاعة وذلك القدر مجهول واذا ذهب من المعلوم مجهول كان الباقي مجهولا ولهذا بطل القراض وان قلنا القراض صحيح والشرط جائز لكنه لا يلزمه الوفاء به لان البضاعة لا يلزم القيام بها كان قويا انتهى فقد تضمن كلامه انه ان أتى بهذا الشرط أفسد وان تركه افسد وذلك لانه ان وفى نافى مقتضى العقد لان مقتضاه ان العامل لا يعمل عملا بلا اجرة وانه ان اخل به اقتضى الجهالة في قسط العامل فيكون قد دقق النظر واستند في بطلانهما الى غير ما استند اليه العامة كما سمعت كلامهم ثم انه استدرك على نفسه في الاول بان مقتضى عقد المضاربة أن يكون عمله في مال القراض بحصة من الربح وهي حاصلة فلا يكون هذا الشرط منافيا لمقتضى العقد واي منافاة بين ان العمل في مال بعوض وفي آخر بغير عوض واستدرك على نفسه في الثاني وهو لزوم الجهالة بان هذا الشرط أمر خارج عن الحصة اللازمة المعلومة في مال القراض وانما هو شرط فيها اذ ليس هو في الحقيقة جزءا منها فكان شرطا في عقد جائز فكان غير لازم اذ شرط الشيء لا يزيد عليه ولا مقتضيا لجهالة الحصة فكان شرطا صحيحا لا يلزم الوفاء به لان ذكره وعدمه سواء فان فعله لم يخالف مقتضاها وصح وصفه بالصحة وان تركه لم يقتض جهالة في الحصة فيكون ما نسب اليه في المسالك من أنه قائل ببطلان الشرط وحده وفساده لانه مناف لمقتضى العقد غير صحيح وكذلك ما في الشرائع والتذكرة من نسبة ذلك اليه ان كانا اراداه لان ذلك يقضي بانهما كصاحب المسالك لم يحررا كلامه وان ارادا غيره فقد عرفت أن لا مصرح به أصلا ولا القاضي وهذا وجه النظر في كلام الشرائع

(الثاني) المتعاقدان ويشترط فيهما البلوغ والعقل وجواز التصرف ويجوز تعددهما واتحادهما وتعدد احدهما خاصة (متن)

والتذكرة ويشهد على ان مراده في المبسوط ما فهمنا منه تصريح التحرير وجامع الشرائع بصحة الشرط والعقد وجوازهما وأنه لا يجب الوفاء به ووجه النظر في كلام المبسوط أنه شرط جائز في عقدها نز فيجب الوفاء به ما داما على العقد ولم يفسخاه كسائر الشروط التي قد صرحوا بلزومها في هذا العقد كما مر ويأتي عملا بعموم الامر بالوفاء بالعقود والشروط وقد اجمعوا على أنه لو شرط له نفقة الحضر لزم الشرط ووجب له ما يحتاج فيه اليه من المأكول والمشروب والمركوب والملبوس حكاه في التذكرة والى هذا نظر المحقق والمصنف في الكتاب وموضعين من التذكرة وولده في الايضاح وهذا هو وجه النظر في كلام جامع الشرائع والتحرير وجامع المقاصد والمسالك حيث قالوا لا يلزم الوفاء به ويزيد الاخيران بقولهما أنه ان فسخ بعد ظهور الربح كان كله للمالك لانه لا يوافق مختار المبسوط والجامع والتحرير ولا مختار الشرائع والكتاب والتذكرة والايضاح فيكون خرقا لما اتفق عليه المتعرضون لهذا الفرع وان تأمل الشهيد الثاني فيه ويزيد جامع المقاصد بان ظاهره أنه فهم من التحرير القول ببطلان الشرط وفساده مع أنه صرح بصحته وأنه فهم منه مخالفة المبسوط مع انه نقل كلامه الاخير الذي هو عين ما في التحرير وان اختلفا في بعض التعبير وبما ذكر يعرف حال القاضي هذا وكلامهم جميعا وكلام العامة ظاهر أو صريح بل صريح في أن هذه الشروط من المالك على العامل ولو كانت من طرف العامل على المالك فالحكم كذلك وان لم يأت المالك بما شرطه عليه العامل كان له الفسخ كما هو واضح لأنه ما رضي بالحصة القليلة الا بهذا الشرط على أنه قد كان ذلك من قبل ﴿ قوله ﴾ (الثاني المتعاقدان ويشترط فيهما البلوغ والعقل وجواز التصرف) لا ريب في اشتراط ذلك فيهما والمالك تركوه عدا المصنف هنا وفي التذكرة والتحرير والمحقق الثاني واحترز بجواز التصرف عن السفيه والمفلس والمملوك والاصل فيه ان القراض توكيل وتوكل في شيء خاص وهو التصرف في التجارة (قال في التذكرة) يعتبر في العامل والمالك ما يعتبر في الوكيل والموكل لا نعرف فيه خلافا ﴿ قوله ﴾ (ويجوز تعددهما واتحادهما وتعدد أحدهما خاصة) كما في التذكرة والتحرير وجامع المقاصد وبعض ذلك صرح في مطاوي الباب والوجه في ذلك ظاهر لانه يجوز للمالكين أن يضاربا عاملين في عقدين وللمالكين أن يضاربا عاملا واحدا في عقدين وبالعكس فيجوز ذلك كله في عقد واحد لان عقد الواحد مع اثنين كعقدين فاذا تعدد العامل اشترط تعيين الحصة لكل منهما ولا يجب تفضيلهما بل يجوز أن يجعل لهما فيحكم بالتنصف لهم معا بالسوية للاصل وقضاء الاطلاق وبه صرح في التذكرة والارشاد وجامع المقاصد والروض ومجمع البرهان ولو شرط التفاوت بينهما فجعل لاحدهما الربع وللآخر الثلث وأبهم ولم يبين بطل وان عين الربع لزيد والثلث لعمرو مثلا صح عندنا كما في جامع المقاصد وعند الشافعي لان ذلك بمنزلة عقدين ولو ضارب اثنين في عقدين جاز ان يفاضل بينهما فكذا اذا جمعهما في عقد واحد والمخالف في ذلك مالك ويبقى الكلام في أمر آخر وهو ما اذا ضارب المالك عاملين على مال معلوم مشاع فقال ضاربتكما على هذه الالف فاخذ أحدهما بعضها وعمل به منفردا فربح ربحا كثيرا والعامل الآخر عمل بالبعض الآخر ولم يربح أو خسر أو ربح قليلا فهل يشاركان في جميع الربح أو يختص كل منهما بربحه ولا

وان يكون الدافع رب المال او من أذن له فلو ضارب العامل غيره باذن المالك صح وكان الاول وكيلا فان شرط لنفسه شيئا من الربح لم يجز لأنه لامال له ولا عمل ولو ضارب بغير اذنه بطل الثاني (متن)

يشاركه الآخر احتمالان أظهرهما بحسب الاطلاقات المشاركة والاشبه بأصول المذهب والقواعد العدم والمسألة محل تأمل ونظر ﴿ قوله ﴾ ﴿ وان يكون رب المال أو من اذن له ﴾ لان غيرهما أجنبي لا يجوز له التصرف في مال الغير بغير اذنه وهذا العقد قابل للاستنابة فجاز ان يوقعه المالك بوكيله و يشترط في هذا الوكيل ما يشترط في سائر الوكلاء ويجوز لولي الطفل ابا او جدا أووصيا أو حاكما أو أمينه أن يقارض على مال الطفل والمجنون مع المصلحة ﴿ قوله ﴾ ﴿ فلو ضارب العامل غيره باذن مالكه صح ﴾ كما في الارشاد وجامع المقاصد والروض وفي (التذكرة) انه لا يعلم فيه خلافا وصريحهم انه ان كان قد شرط الربح بين العامل الثاني والمالك كما صرح بذلك في المبسوط والمهذب وجامع الشرائع والشرائع والتذكرة في موضع منها والتحرير والمسالك ومجمع البرهان والوجه ظاهر لانه يكون حينئذ وكيلا محضا بل لا يكون بذلك فاسخا لعقد نفسه وعاقدا بوكالته عن المالك لغيره فان كان قد ضارب عليه بعد ظهور الربح وقلنا يملك بالظهور استحق نصيبه من الربح وان قلنا يملك بالقسمة أو لم يظهر ربح فله اجرة المثل كذا قال في موضعين من التذكرة وينبغي التأمل في تصوير ذلك اذ المضاربة لا تكون الا بالنقدين فيمكن تصويره بان يكون عمل في بعض وضارب بالباقي وحينئذ يجوز ان يأذن له في ان يعامل غيره ليكون ذلك الغير شريكا له في العمل والربح المشروط له على ما يراه فيكون كما لو قارض ابتداء شخصين وعليه نص في التذكرة وحكى فيه عن احمد وجهي الشافعية المنع وهل يحصل الاذن في مضاربة الغير بقوله اعمل في المال برأيك وجهان لانه يحتمل العمل برأيه في انواع التجارة ولعل الاقوى الجواز كما هو خيرة التذكرة ﴿ قوله ﴾ ﴿ وكان الاول وكيلا ﴾ كما صرح به في المهذب وموضعين من التذكرة وهو قضية كلام المبسوط وما ذكر بعده آنفا ﴿ قوله ﴾ ﴿ فان شرط لنفسه شيئا من الربح لم يجز لأنه لامال له ولا عمل ﴾ كما في المبسوط والمهذب والشرائع والتذكرة وجامع المقاصد وغيرها ومضاربته للآخر ليست عملا من اعمال التجارة التي يستحق بها الحصة فكان القراض فاسدا باطلا والربح كله للمالك وللعامل الثاني اجرة مثله كما في المبسوط والمهذب وجامع الشرائع والتذكرة في موضع منها والتحرير والارشاد ومحل الفرض ما اذا كان الشراء بعين المال لان وضع المضاربة على ذلك وبه يفرق بينه و بين ما احتمله أخيرا فيما يأتي من ان الربح يقسم بين العامل الاول والثاني ان كان الاول شرط على الثاني ان للمالك النصف والآخر بينهما لانه ذكر ذلك فيما اذا كان الشراء في الذمة فلا تنافي ﴿ قوله ﴾ ﴿ وان ضارب بغير اذنه بطل الثاني ﴾ كما في المهذب والشرائع والتذكرة والارشاد والروض ومجمع البرهان وقيده أي البطلان في التحرير بما اذا شرط الربح بينه و بين الثاني واحتمله قويا في المختلف فيما اذا كان الثاني عالما (وقال في جامع المقاصد) لم أجد التصريح بكون العقد هنا فضوليا يتوقف على الاجارة فيصح معها الا انه يتجه لان العقد اللازم اذا لم يقع باطلا لكونه فضوليا فالجائز اولى (قلت) قد صرح به في التذكرة في مطاوي حكاية اقوال العامة ساكتا عليه وظاهره انه راض به وقال فخر الاسلام في شرح الارشاد ان الفقهاء يستعملون لفظ البطلان

فان لم يربح ولا تلف منه شيء ورده على المالك ولا شيء له ولا عليه وان تلف في يده طالب المالك من شاء منهما فان طالب الاول رجع على الثاني مع علمه لاستقرار التلف في يده وكذا مع عدم علمه على اشكال ينشأ من الغرور (متن)

تارة في رفع اللزوم قلت فالمراد هنا انه لم يترتب عليه أثره بالفعل وكان موقوفا على قول من يقول بصحة بيع الفضولي ثم ان الاجازة انما تتم في بعض الصيغ كما ستسمع ثم انهم لم يصرحوا أيضا بكون شراء العامل الثاني فضوليا يتوقف على الاجازة لكن قضية كلامهم ذلك لان هؤلاء المصرحين بالبطلان منا عدا القاضي بين قائل بان الربح للمالك وقائل بانه بينه و بين العامل الاول والمفروض في كلام هؤلاء المصرحين ان الشراء كان بعين مال المالك جريا على وضع المضاربة وقاعدتها واما القول بأن الربح للثاني خاصة فانه مفروض فيما اذا اشترى في الذمة كما ستعرف ولا قائل منا ولا من العامة بل ولا يحتمل بأن الربح لصاحب القماش مثلا لان البيع فاسد فيكون باقيا على ملكه فيكون الربح له والسر في ذلك ان الغالب ان المالك اذا رى الربح اجاز فيكونون كالمصرحين بانه فضولي اجازه صاحب المال نعم اقتصر القاضي على قوله بطل ولم يعقبه بشيء ولعله لانه لا يصحح بيع الفضولي كما نبه عليه في باب البيع ثم ان الشيخ في المبسوط ويحيى بن سعيد في الجامع لم يذكرا البطلان أصلا كما ستسمع ذلك كله ان شاء الله تعالى ﴿ قوله ﴾ ﴿ فان لم يربح ولا تلف منه شيء ورده على المالك ولا شيء له ولا عليه ﴾ كما نبه على ذلك في المبسوط وفي التذكرة وجامع المقاصد والمسالك ومرادهم ان لم يجز المالك تصرف العامل الثاني وكما يجب عليه رده الى المالك يجب على العامل الاول لقوله صلى الله عليه وآله على اليد ما اخذت حتى تؤدي ولانه عاد بالتسليم ويتخير المالك في مطالبة كل منهما بالرد ﴿ قوله ﴾ ﴿ وان تلف في يده طالب المالك من شاء منهما فان طالب الاول رجع على الثاني مع علمه لاستقرار التلف في يده ﴾ بلا خلاف في ذلك ممن تعرض له كما ستعرف والوجه في مطالبته العامل ظاهر واما الثاني فلانه ان كان عالما كان بمنزلة الغاصب في الاثم والضمان وان كان جاهلا كان بمنزلته في الضمان بمعنى ان للمالك ان يطالبه وقد تقدم لنا في باب الغصب ان الجهل ليس مسقط الضمان اجماعا وانما يفترقان في استقرار الضمان وعدمه فالجاهل اذا كانت يده يد أمانة لا يضمن العين اذا تلفت في يده كالمستودع والمرتهن والوكيل والمضارب والمستعير غير المشروط عليه الضمان وأما اذا كانت يده يد ضمان كالقابض بالسوم والبيع الفاسد والمستعير المشروط عليه الضمان فانه يضمن ولم نجد هناك في ذلك خلافا وانما تأمل في ذلك هناك مولانا المقدس الاردبيلي وليس لك ان تقول ان العامل الاول انما تعدى بالتسليم فليس بغاصب وليست يده يد عدوان لان الاصحاب لا يختلفون في عدم الفرق بينهما لان كان دليلهما واحدا وأما رجوع الاول على الثاني مع علمه واستقرار التلف في يده فلانه كما عرفت غاصب أو كالغاصب ﴿ قوله ﴾ ﴿ وكذا مع عدم علمه على اشكال ينشأ من الغرور ﴾ وان يده يد امانة كالمستودع والمرتهن والوكيل فلا يضمن كما تقدم وهو خيرة المبسوط والتذكرة والتحرير والايضاح وجامع المقاصد والمسالك ومن انه قد استقر التلف في يده وهذا الوجه ضعيف جدا لما عرفت فكان الاشكال كذلك واستوضح ذلك فيما اذا ظهر استحقاق مال المضاربة وقد تلف في يد العامل من دون تعد فانه لا ضمان عليه ومن القريب ما في الايضاح حيث قال في وجه الرجوع ومن ان القراض لا يستعقب الضمان للمالك من غير تفريط ولا تعد

وان طالب الثاني رجع على الاول مع جهله على اشكال لا مع علمه وان ربح فللمالك خاصة (متن)

بالنسبة الى الدائم انتهى فتأمل ﴿ قوله ﴾ ﴿ وان طالب الثاني رجع على الاول مع جهله على اشكال ﴾ أصحه الرجوع كما في الايضاح وجامع المقاصد لما عرفت ومن الغريب عدم الترجيح هنا في المبسوط والتذكرة والتحرير مع اختيار الرجوع فيها في الاشكال الاول وهما من وادواحد ﴿ قوله ﴾ ﴿ لا مع علمه ﴾ لانه حينئذ غاصب وقد استقر التلف في يده فيستقر عليه الضمان ﴿ قوله ﴾ ﴿ وان ربح فللمالك خاصة ﴾ كما في التذكرة واليه مال في مجمع البرهان وفي (الشرائع والتحرير والارشاد والروض) ان الربح بين المال والعامل الاول وجه ما في الكتاب ان العامل الاول لم يعمل والثاني عقده فاسد وعلى تقدير جواز الفضولي واجازة المالك فالربح له خاصة ان اشترى بعين ماله وقضية اطلاق العبارة مضافا الى تفصيله في الاحتمال الاخير المقابل لهذا أن الربح للمالك سواء وقع الشراء بالعين أوفي الذمة وسواء نوى بالشراء نفسه أو المالك أو العامل الاول عالما كان الثاني أوجاهلا (وفيه) ان الذي تقضي به أصولنا أنه ان اشترى في الذمة ونوى نفسه أو أطلق وقع له أي العامل الثاني ولا يستقيم (١)

أبداً الا على القول القديم للشافعي وهو أن ما يربحه الغاصب ان اشترى في الذمة يكون للمالك قال لانا لو جعلناه للغاصب لاتخذه الناس ذلك ذريعة الى غصب الاموال والخيانة في الودائع والبضاعات (وقد يجاب) عن ذلك بان المفروض في عبارة الكتاب انه اشترى بالعين جريا على وضع المضاربة جاهلا بالحال فلا اطلاق في العبارة كما توهمه في جامع المقاصد من قوله ويحتمل عدم لزوم الشراء بالعين الى آخره فانه لا مقابل له الا قوله هنا وان ربح فللمالك خاصة فان ذلك لا يقضي على هذا بالاطلاق كما ستسمع ووجه ما في الشرائع ان العقد قد وقع معه صحيحا فيستحق ما شرط وعقده مع الثاني فاسد فلا يتبع شرطه (وفيه) مضافا الى ما سبق من قضاء الاصول بانه ان اشترى بعين مال المالك واجازه كان له وان كان في الذمة ونوى نفسه كان للعامل الثاني أنه يقضي بانه يصح ان يكون الحصة للعامل الاول بشرط كون عقد المضاربة مشتملا على تجويز المعاملة بالوكالة أيضاً لان الثاني وكيل الاول وهو مبني على أن ذلك يعد عملا من اعمال التجارة لان يد الوكيل كيد الموكل وهو في محل المنع أو التأمل مضافا الى ما ستسمعه فيما رتبوا عليه من رجوع الثاني على الاول باجرة المثل مطلقين غير فارقين بين الجاهل والعالم فانه لا يتم الا مع جهل الثاني كما ستعرف ذلك (الا ان) أن تقول ان الشراء في الذمة غير وارد كما عرفته في توجيه عبارة الكتاب وقد يتأمل في ورود الاول فتأمل وهناك قول ثالث حكاه في الشرائع وظاهره أنه لاصحابنا وهو ان النصف بين العاملين ويرجع الثاني على الاول بنصف الاجرة وقد ذكره احتمالا في التذكرة والتحرير وقد ذكر في التحرير ان الربح كله بين العاملين ثم ان للعامة اختلافا في الصيغ وقد رتبوا عليه ما رتبوا (وفي المسالك) ان هذه الاقوال ليست لاصحابنا ولا نقلها أحد عنهم ممن نقل الخلاف سوى ما اشعرت به عبارة الشرائع وانما هي وجوه الشافعية (قلت) كانه لم يلحظ جامع الشرائع وستسمع عبارته ولهم وجه رابع وهو أن جميع النصف للعامل الثاني عمله بالشرط ولا شيء للاول اذ لا مال له ولا عمل (وقال في جامع الشرائع) ان قارض بغير اذنه من علمه بالحال اثم وهما ضامنان وان ربح فعلى الشرط وان قارضه على ان النصف لرب المال والنصف الآخر بينهما نصفين قسم على ذلك

---

(١) في الاصل المنقول عنه هنا كلمة لم تتضح لنا فابقينا مكانها خاليا فلتراجع (مصححه)

وفي رجوع الثاني على الاول باجرة المثل احتمال ولو قيل ان كان الثاني عالما بالحال لم يستحق شيئا وان جهل فله اجرة المثل على الاول كان وجها (متن)

انتهى فتأمل فيه لانه لايكاد ينطبق على أصولنا ولا على أصول العامة وستسمع تحرير المقام وفصل في المبسوط تفصيلا أوضحه كال الايضاح فقال (وحاصله) انه اذا قارض العامل آخر على أنه مهما رزق الله سبحانه وتعالى كان بينهما نصفين فالحكم في ذلك مبني على مسئلة الناصب فمن قال ربح الناصب لرب المال كما تشهد به رواياتنا كان لرب المال هنا النصف لانه لايستحق أكثر مما شرط له والنصف الآخر بين العاملين نصفين ويفارق ربح الناصب لان رب المال ماشرط لنفسه هنالك شيئا من الربح وهل يرجع الثاني على الاول بنصف الاجرة فيه وجهان ومن قال ان ربح الناصب كله لنفسه كما هو الاقوى فقد اختلفوا في الربح فقال بعضهم الربح كله للاول والثاني على الاول أجرة المثل وقال بعضهم الربح كله للعامل الثاني لانه هو المتعدي في التصرف فهو كالناصب والاول أقوى لان العامل الثاني وان كان متعديا لكنه لما اشترى في ذمته بنية أنه للاول وقع الشراء للاول وحده وكان الربح له وحده ويفارق الناصب لان الناصب اشترى لنفسه والثاني الاجرة على الاول لانه لم يسلم له ماشرط فعلى هذا لاشيء لرب المال لان الربح قولا واحدا وهو تفصيل على أصول العامة ولا يترتب على أصولنا لان الحكم بان ربح مااشتراه الناصب في ذمته للمالك لم يقل به أحد منا والحكم بان العامل الاول يستحق كل الربح أو بعضه لايتأتى على قواعد الباب اذلا مال له ولا عمل وسيبني المصنف عليه في الاحتمال الاخير والاعتذار عن الاول بان المراد ان الناصب اشترى بعين المال لايتم لانه ينافي قوله ومن قال ان ربح الناصب كله لنفسه الى آخره بل في آخره التصريح بانه اشترى في ذمته ولا معنى أصلا لتفرقة الموضوع ثم ماذا يقول اذا قال العامل الاول ربح هذا بيننا نصفين فان هذه الصيغة عند العامل غير الصيغة المفروضة في كلامه والذي تقتضيه أصول المذهب في الباب وفي باب البيع والغصب وغيرها أن المالك ان أجاز عقد مضاربة العامل الاول فالربح بينه وبين الثاني على الشرط وان لم يجزه فلاريب في بطلانه لكنه ان كان قد اشترى بالعين فاجاز فالربح كله له وللعامل الثاني على الاول الاجرة مع جهله وان كان قد اشترى في الذمة فان لم ينو أحداً وقع الشراء له وضمان المال عليه لتعديه لمخالفته مقتضى المضاربة وان صرح بالمالك وقف على اجازته كالشراء بالعين وكذا لو نواه على الاقرب لان العقود تابعة للمقصود وان صرح بالعامل الاول وقع له بالاذن سابقا أو بالاجازة مع عدمه وكذا لو نواه على ماتقدم فيقع الربح له وعليه الاجرة للثاني مع جهله ان لم يتعد مقتضى المضاربة وان تعدى كان المال مضمونا وقرار الضمان مع التلف عليه ولم يفصل هذا التفصيل فيما اعتمده في المختلف على أنه غير محرر وهذا كله اذا كانت صيغة القراض الصادرة من العامل الاول ضاربتك على هذا المال على ان لك نصفه وسكت ويبقى الكلام فيما اذا قال بعد ذلك ولي نصفه أو الربح بيننا فانه لايتصور في هذين اجازة المالك ﴿ قوله ﴾ ﴿وفي رجوع الثاني على الاول بأجرة المثل احتمال ولو قيل ان كان الثاني عالما بالحال لم يستحق شيئا وان جهل فله أجرة المثل على الاول كان وجهاً﴾ قال في التذكرة وقد عرفت ان خيرتها خيرة الكتاب في ان الربح للمالك لو كان عالما بالحال لم يكن له شيء لانه تصرف في مال الغير بغير اذنه مع علمه بأنه ممنوع منه وذلك لايستعقب استحقاق شيء وان لم يكن عالما رجع على الاول

ويحتمل عدم لزوم الشراء ان كان بالعين وان كان في الذمة احتمل اختصاص الثاني به والقسمة بينه وبين العامل الاول في النصف واختصاص المالك بالآخر ان كان الاول شرط على الثاني ان للمالك النصف والآخر بينهما (متن)

بأجرة المثل وفي (الايضاح) انه الاصح وقضية الاطلاق في الاحتمال الاول والتفصيل في الثاني ان الاول جار على تقدير علمه وجهله ولاشك كما في جامع المقاصد انه اذا كان عالماً لايستحق أجرة فلابد ان يكون انما احتمله في صورة الجهل لكن ذلك يقضي بأن لايذكر العالم في الاحتمال الثاني كما قاله المحقق الثاني الا ان تقول انه ان لم يذكره لأوهم انه يستحق مطلقاً فلما قيده لدفع الوهم حصل وهم آخر فتدبر اذ الاولى على هذا ان لايذكر الاحتمال الثاني بالكلية (وكيف كان) فوجه استحقاقه الاجرة في صورة الجهل واضح واما وجه العدم في هذه الصورة فقد قال في الايضاح يحتمل عدمه لقول الاصحاب ولان القراض موضوع على انه ان لم يحصل الربح فلا تأثير له وهذا الربح في حكم المعدوم انتهى ولم ندر ماذا أراد بقول الاصحاب فان أحداً منهم لم يقل ان الربح للمالك ولا أجرة للعامل الثاني على الاول اذا كان جاهلا وقد سمعت كلام الشيخ ويحيى بن سعيد وفي (الشرائع والتحرير والارشاد) ان نصف الربح للمالك ونصفه الآخر للعامل الاول وعليه أجرة الثاني وقد قلنا ان ذلك انما يتم مع جهل الثاني والموضوع مختلف ومع ذلك حكما فيها بالاجرة وقد يقال على الايضاح في الوجه الثاني ان ذلك انما هو مع عدم حصول الربح بالكلية لامع وجوده وأخذ غيره له فاحتمال عدم الاجرة مع الجهل ضعيف جداً بل ما احتمله أحد من العامة كما انه لا أجرة له مع العلم قطعاً ويخطر بالبال ان المراد بالاحتمال الاول غير ما في الايضاح وجامع المقاصد وهو ان المراد انه يحتمل ان العامل الثاني يرجع على المالك بأجرة مثله لان نفع عمله عاد اليه فالمستوفي بعمله هو المالك وليس عالماً حتى يكون غاصباً لا أجر له ويحتمل ان يرجع به على الاول لانه استعمله وغره كما ذكر العامة هذين الوجهين في ما نحن فيه ثم انه استدرك فقال ولو قيل الى آخره فسلمت العبارة من احتمال الايضاح الضعيف ومما في جامع المقاصد

﴿ قوله ﴾ (ويحتمل عدم لزوم الشراء ان كان بالعين وان كان في الذمة احتمل اختصاص الثاني به والقسمة بينه وبين العامل الاول في النصف واختصاص المالك بالآخر ان كان الاول شرط على الثاني ان للمالك النصف والآخر بينهما) قد عرفت ان هذا الاحتمال في مقابلة اطلاق قوله وان ربح فللمالك خاصة وقد عرفت قضية الاطلاق والاعتذار عنه ووجه عدم اللزوم ان كان الشراء بالعين ظاهر لانه كشراء الفضولي لان المالك لم يأذن له فيه وهذا غير الاستنابة في البيع والشراء اذ تلك مجردة عن عقد مضاربة أخرى وقد استدل عليه في الايضاح بالنص على ان من اشترى بعين مال غيره بغير اذنه لم يلزم الشراء وهنا كذلك ولعله أراد بالنص معقد الاجماع أو اطلاق الاصحاب كما يأتي لامثاله قريباً أو استنبطه من موارد النصوص (وكيف كان) فهذا الاحتمال لاريب فيه على أصولنا عند معظم الاصحاب فكيف يجعله احتمالا ولعله أورده كذلك على مذهب الشيخ والشافعي في الجديد حيث قالا ان الشراء بعين مال الغير يقع فاسداً لا موقوفاً فكأنه قال ان ربح كان للمالك خاصة لانه اشترى بالعين جرياً على قاعدة المضاربة ويحتمل عدم لزوم الشراء ان كان بالعين كما هو مذهب الشيخ وغيره ممن منع من عقد الفضولي فتسلم عبارات الكتاب عن جميع ما أورده عليها في جامع المقاصد ولو حررها

ولو شرط المريض للعامل ما يزيد عن اجرة المثل لم يحتسب الزائد من الثلث اذا المقيد بالثلث التفويت وليس حاصلا هنا لانتفاء الربح حينئذ وهل للمساقاة كذلك اشكال ينشأ من كون النخلة تثمر بنفسها فهي كالحاصل (متن)

ما أورد تلك الايرادات ولا ذكرها ووجه اختصاص الثاني به ان كان الشراء في الذمة أنه اذا اشترى كذلك ولم يذكر أحدا لفظا ولا نية يقع له فيستحق الربح كله وهذا لايتضح الا اذ كان الثاني عالما بالحال ونوى بالشراء نفسه أو أطلق ولم ينو أحدا والعبارة مطلقة ولابد من تنزيلها على ذلك ليتجه هذا الاحتمال ويفارق الثاني من الاحتمالين فيما اذا كان الشراء في الذمة لكنه حينئذ يجب الجزم به ولا يكون متعلق الاحتمالين واحدا كما هو ظاهر العبارة اذ متعلق هذا الاحتمال ما اذا علم بالحال ومتعلق الثاني ما اذا جهل ولعله أراد بيان ذلك بذكره الاحتمالين فكأنه قال ان الشراء في الذمة يقع على وجهين هذا ووجه الاحتمال الثاني انه اشترى للمضاربة ونوى المالك فيجب ان يقع الشراء لها على حكمها فيكون للمالك النصف والنصف الآخر بينه وبين العامل الاول اذا شرط الاول على الثاني ذلك ولكنه لايتم على أصولنا لانه اذا اشترى في الذمة ونوى المالك أو صرح به لفظا فلابد من اجازته كالشراء بالعين وانما يتم على مذهب الشافعي في القديم من ان ربح الغاصب كله لرب المال وقضيته ان يكون الربح كله للمالك لكن المالك لما شرط ان له النصف فلم يكن ليستحق اكثر مما شرط لنفسه بخلاف الغاصب فان رب المال لم يشترط لنفسه أخذ النصف فقط فكان الكل له وكذلك استحقاق العامل الاول شيئا من الربح مع انه لامال له ولا عمل انما يتم على مذهب الشافعي وأما ما سلف للمصنف من الجزم بأن العامل الاول اذا شرط لنفسه شيئا من الربح لايستحق شيئا أصلا لانه لامال له ولا عمل فقد بينا هناك انه لايخالف ما هنا اذ المفروض هنا ان الشراء في الذمة من دون اذن في القراض وهناك ان الشراء بالعين مع اذن المالك بذلك على ان الجزم بالحكم المقيد في محله لاينافي الاحتمال الا ان تقول ان الحكم في ذلك قطعي فيتعين الاول فتأمل ﴿ قوله ﴾ ﴿ ولو شرط المريض للعامل مايزيد عن أجرة المثل لم يحتسب الزائد من الثلث اذ المقيد بالثلث التفويت وليس حاصلا هنا لانتفاء الربح حينئذ ﴾ قد صرح بعدم احتسابه من الثلث وانه يخرج من صلب المال في المبسوط والتذكرة وجامع المقاصد والمسالك ومجمع البرهان وظاهر الاخير أو صريحه اذ لاخلاف وهو قضية اطلاق والشرائع والارشاد والروض حيث فيها ولو شرط المريض للعامل ربحا صح وملك الحصة ووجهه ماأشار اليه المصنف انه لاتفويت في ذلك على الوارث لان الربح أمر معدوم متوقع الحصول وليس مالا للمريض وعلى تقدير حصوله فهو أمر جديد حصل بسعي العامل وحدث على ملكه فلم يكن للوارث فيه اعتراض وهذه المسئلة من مهمات المسائل ومشكلاتها وقد أسبغنا فيها الكلام في باب الوصايا واستوفيناه استيفاء بلغنا فيه أبعد الغايات ﴿ قوله ﴾ ﴿ وهل المساقاة كذلك اشكال ينشأ من كون النخلة تثمر بنفسها فهي كالحاصل ﴾ أي وكذلك الدراهم فانها لاتربح بنفسها فيحتسب الزائد من الثلث وهو خيرة التذكرة والايضاح وأظهر وجهي الشافعية ومن انه لم يتلف من تركته شيء لان الثمرة ليست مالا حال المعاملة واذا حدثت حدثت على ملك العامل والمريض فلم يكن المشروط مالا للمريض وهو الذي قواه في جامع المقاصد قال والفرق بان النخلة تثمر بنفسها ضعيف

وإذا فسد القراض بفوات شرط نفذت التصرفات وكان الربح بأجمعه للمالك وعليه للعامل اجرة المثل

(اما اولا) فلان لسقي العامل أثراً بيناً (وثانيا) فلان المتوقع حصوله لا يعد مالا فان المريض لو وهب نخلة أو اتلفها لم يحسب عليه الثمرة قطعا وان كان قد قرب زمان ظهورها جداً وكذا الغاصب ولبس المتنازع فيه بزائد على ذلك فانه احدث مامنع من حدوث الثمرة بتمامها على ملكه انتهى (وفيه) أن الاول لا يجدي نفعا والثاني غير مسلم عند الخصم ولعل الاولى أن يستدل بان الاصل عدم الحجر على المالك وان تصرفه ماض الا ماثبت منعه عنه بيقين ولم يثبت الا في المال الموجود على تقدير تسليم ذلك لانه مبني على أن منجزات المريض من الثلث والمختار خلافه وقد أيد مولانا المقدس الاردبيلي خيرة التذكرة بانه تصرف في الموجود في الحال وبان فتح الباب قد ينجر الى حرمان الورثة اذ قد يجعلها مساقاة لازمة بحصة كثيرة جداً بحيث تكون حصة الورثة قليلة جداً ويكون المال دائما تحت يد الغير وقال ان هذا يجري في المضاربة مع انه لا خلاف فيها كما عرفت ثم استظهر انهما تبطلان بالموت وان شرطتا في عقد لازم كما هو قضية كلامه أو صريحه ﴿ قوله ﴾ ﴿ وإذا فسد القراض لفوات شرط نفذت التصرفات وكان الربح بأجمعه للمالك وعليه للعامل أجرة المثل ﴾ كما صرح بذلك كله في المبسوط والتذكرة في موضعين منهما والوسيلة والتحرير والكتاب فيما يأتي وجامع المقاصد ومجمع البرهان ولعل نفوذ التصرف قضية مافي الارشاد والروض والمسالك أنه اذ فسد العقد كان الربح للمالك وللعامل اجرة المثل وهذا الاخير يستفاد من الخلاف والمهذب والسرائر والجامع وغيرها اذ قد طفحت به عباراتهم في مطاوي الباب بل قال في مايأتي في جامع المقاصد أنه لاخلاف في نفوذ التصرف بل قال في مجمع البرهان ان كون الربح للمالك في صورة فساد عقد المضاربة بناء على كون وقوع العقد على العين والعمل بالاذن المفهوم منها في المعاملة الفاسدة الظاهر انه لا خلاف فيه بين المسلمين انتهى ولم يصرح في الشرائع بشيء من ذلك وكلامهم هذا يقضي بأنه يصح التصرف بالاذن الواقعة في هذا العقد الفاسد كما صرح بذلك في الكتب الستة المتقدمة فلا مجال لتجشم حمل كلامهم على الرضا بعد العقد ومثل المضاربة الفاسدة في اعتبار الاذن الضمني المزارعة والمساقاة الفاسدتين والاجارة الفاسدة والوكالة الفاسدة بل وجدناهم في الباب يأخذون اعتبارها في الوكالة الفاسدة مسلما ويستندون في الباب اليه ويشبهونه به كما انهم في باب الوكالة يستندون الى اعتبار الاذن في المضاربة و يأخذونه مسلما عدا المحقق الثاني فانه قال ان كان الحكم في المضاربة اتفاقيا فلا بحث والا توجه اليه الكلام (وكيف كان) فلا وجه لقوله في وكالة الروضة والرياض وفي صحة التصرف بالاذن الضمني قولان فانا لا نعلم قائلا منا بالعدم في الوكالة نعم كأنه مال اليه في جامع المقاصد بل انما استقر رأيه على التوقف نعم هما وجهان للشافعية لا قولان وهذا وان كان خارجا عما نحن فيه الان له تعلقا تاما به مع الحرص على بيان الحق وعدم ايقاع الناس في الشبه وستسمع الكلام في الوكالة مبيناً وقد تقدم انه حيث تبطل الاجارة والمزارعة والمساقاة يثبت للاجير والمزارع والمساقي أجرة المثل من غير خلاف وقد بيناه هناك ان الوجه فيه اعتبار الاذن الضمني ولا يرد على ذلك شيء يعتد به الا عدم اعتباره في البيع قولا واحدا والفرق بين البيع وبين العقود الجائزة كالمضاربة والوكالة والوديعة والعارية ظاهر لان فساد الاذن وعدم اعتبار الاذن الضمني انما يكون فيما يكون معاوضة أو كالمعاوضة فالاذن في تصرف المشتري في المبيع لنفسه فانما هو في مقابلة ملك البائع الثمن فاذا فسد البيع لفساد الشرط لم يكن المشتري

مأذونا في التصرف ومن ثم حكمنا هنا وفي المزارعة والمساقاة بفساد اشتراط الحصة لانها في مقابلة العمل المخصوص ولم نحكم بفساد الاذن في تصرف العامل المالك لانه لم يقابل بشيء لان الشرط الفاسد لم يكن مقابلا للاذن ولا في معنى المعاوضة عنه والحاصل ان الفساد انما يكون فيما فيه معنى المعاوضة واستوضح ذلك فيما اذا قال له اذا حضر الطعام أو اذا جاء زيد فكل فانهم اطبقوا على ان هذا التعليق ليس بمخل بجواز الاكل عند حضور الطعام وما ذاك الا لعدم المعاوضة وهذا هو الذي أراده في التذكرة في رد نقض الشافعي علينا بالبيع الفاسد حيث قال ان الاذن في تصرف المشتري باعتبار انتقال الثمن اليه والمبيع الى المشتري وشيء منهما ليس بحاصل وهنا انما اذن لمن في التصرف عن الآذن لا لنفسه انتهى (وتنقيحه) ان العقد في العقود الجائزة حيث يكون لفظيا في الايجاب والقبول فالاجماع قائم على ان التعليق مثلا يفسده والاجماع قائم أيضا أنه يكفي في صحة التصرف وجوازه في العقود الجائزة العلم بالرضا من المالك فلو علق عقد القراض مثلا أو قارض بالدين فان العقد يبطل لمكان الاجماع على اشتراط العين وعدم التعليق وتبطل متعلقات العقد ببطلانه من حصة وشرطه في عقد لازم وكونه منذورا ونحو ذلك لا يمنع من الاذن في التصرف لمكان العلم بالرضا لانه يكفي ذلك اجماعا في العقود الجائزة ولو كان حاصلا من الكتابة أو الاشارة ويكون ذلك أي جواز التصرف من معاطاة القراض لانهما لو تركا الصيغة وقارضه بالدين معاطاة او علق القراض على شرط من دون صيغة كذلك كان قراض وتثبت له الحصة المسماة فحيث يقع ما عدا البيع من عقد لازم كالاجارة أو المساقاة والمزارعة أو جائز كالوكالة والقراض ونحوهما بصيغة لفظية ويعرض له المبطل من تعليق ونحوه فانه يبطل العقد وما اشتمل عليه من أجرة مسماة وحصة وشرط ونحو ذلك ولا يبطل جميع مايفهم منه حتى الرضا الضمني الذي علمنا ان المدار في هذه العقود عليه كما بينا ذلك في باب الاجارة حيث قلنا انها غير البيع وان المدار فيها على تحصيل الاجرة ولا كذلك البيع نعم لو علمنا منه أي البيع ان الغرض تحصيل الثمن أو القيمة وان مدار هذين المتبايعين على ذلك وبطل هذا البيع باحد المبطلات قلنا جاز لكل منهما التصرف في الثمن والمثمن وكان من معاطات البيع وقد أوضحنا ذلك وبيناه في باب الوكالة مسبغا محررا بما لا مزيد عليه وقال المقدس الاردبيلي في الفرق ان المدار على العلم بالاذن وانا فهم من هذه العقود اذنا ضمنا وهو غير الاذن الذي كان العقد مقتضيا له وصريحا فيه ولهذا عبر عنه في التذكرة وغيرها بالضمني انتهى قلت كلام المبسوط صريح في انه الاذن الذي جاء مع العقد وكذا الوسيلة ولا منافاة وأما ثبوت الاجرة للعامل فلانه لم يتبرع ولم يقع في مقابلة عوض معين ولان الفساد يوجب رد كل من العوضين الى صاحبه والعمل يتعذر رده لتلفه فتجب قيمته وهو أجرة مثله (فان قلت) قد وقعت الحصة في مقابلة العمل على تقدير ظهور الربح ففي صورة عدم الربح يجب أن لا يستحق أجرة مع الفساد (قلت) انحصار عوض العمل في الربح انما هو على تقدير صحة العقد اما على تقدير الفساد فتجب أجرة المثل لان كل عمل غير متبرع به تجب له أجرة المثل فلا فرق في ذلك بين ان يكون في المال ربح أولا وربما قيل أنه ينبغي اشتراط عدم علمه بالفساد وعدم علمه بعدم الأجرة والحصة والا فلا اجرة له لأنه حينئذ متبرع ويرشد اليه ما يأتي بعده لكن عباراتهم مطلقة في استحقاق الاجرة من دون تفصيل كما سمعت ثم قال في جامع المقاصد فيما يأتي انه موضع تأمل وكذا في الاجارة الفاسدة قال ولم أذكر الآن تصريحا في كلامهم بالنص على ذلك نفيا ولا اثباتا (قلت) وقد استوفينا الكلام في ذلك في باب الاجارة ويأتي في أواخر الباب اعادة هذه المسئلة ﴿ قوله ﴾ (الا اذا فسد بأن

الا اذا فسد بأن شرط جميع الربح للمالك ففي استحقاق الاجرة اشكال ينشأ من رضاه بالسعي مجانا (الثالث) رأس المال وشروطه أربعة (الاول) ان يكون نقدا (متن)

شرط جميع الربح للمالك ففي استحقاق الأجرة اشكال ينشأ من رضاه بالسعي مجانا ﴾ فلا يستحق أجرة على الاصح كما في جامع المقاصد وكذا مجمع البرهان على تأمل وقواه في المختلف ولا ترجيح في التحرير ومن اطلاقهم أنه اذا فسد القراض كان الربح للمالك والعامل اجرة المثل وقد عبر عن هذا الاطلاق في الايضاح بعموم النص وهو صريح الكتاب في الفصل الخامس في التنازع والايضاح وايضاح النافع وظاهر الخلاف والمبسوط والمهذب والوسيلة والتذكرة لمكان الاطلاق المذكور وأجاب في جامع المقاصد بأن الاطلاق محمول على تقدير ان لا يدخل بشرط ان لا عوض لعمله فاذا دخل على ذلك كان متبرعا وذلك لأنه اذا دخل على ان العقد صحيح ولا حصة له فقد دخل على ان لا عوض لعمله انتهى (والملازمة ممنوعة ظ) وفي مجمع البرهان ان هذا موجه على تقدير علمه بالحكم بأنه لا حصة له ولا أجرة فيكون متبرعاً بخلاف ما اذا اعتقد أنه له أجرة وان لم يكن له حصة فيمكن الرجوع الى قبول قوله فيما قال وقد تقدم الكلام في مثل هذه الصورة في الاجارة والمزارعة والمساقاة مسبغاً ﴿ قوله ﴾ ﴿ الثالث رأس المال وشروطه أربعة الاول ان يكون نقدا ﴾ أي دراهم أو دنانير كما صرحت به عباراتهم من غير نقل خلاف ولا اشكال الا من مولانا الاردبيلي كما ستسمع وقد ظهر ذلك من الكاشاني ثم خلت عنه المقنعة والمراسم والنهاية والكافي ولعلهم ليسوا مخالفين كما خلى المقنع والانتصار عن الباب بالكلية وفي (جامع المقاصد) ان ما عدا الدراهم والدنانير المسكوكة لا تصح المضاربة عليه بأجماعنا واتفاق أكثر العامة وفي (الروضة والمفاتيح) انما تجوز المضاربة بالدراهم والدنانير اجماعا مع زيادة وصفهما بالمسكوكين في الاخير وهو ظاهر التذكرة حيث قال الشرط ان يكون من النقدين دراهم أو دنانير مضروبة منقوشة عند علمائنا وقد فهم منها في المسالك الاجماع وحكاه عنها أولا وثانيا وقال انه العمدة ثم أخذ بعد ذلك يدعيه (وقال في مجمع البرهان) حكاية ما في التذكرة ان كان هذا صحيحاً فلا اشكال في النقره والا فاشكال بل ينبغي عدم الاشكال في الجواز لعموم أدلة القراض ومثل ذلك قال في المضاربة الفلوس والمغشوش (ونحن نقول) لا ريب في صحة ما في التذكرة لانه محصل معلوم ولا يقدح فيه عدم ادعائه في الخلاف والغنية حيث قالا فيهما ان المضاربة بالأثمان مجمع على جوازها ولم يدعياه على اشتراطه كما أنه لا ريب في مخالفة المضاربة الاصل من وجوه فيقتصر فيما خالفه على المتيقن المجمع عليه وليس في أخبار الباب على كثرتها لان كادت تبلغ ثلاثين خبرا عموم يتناول ما نحن فيه ونحوه وانما اشتملت على اطلاقات مسوقات لبيان أمور أخر لا لبيان جواز المضاربة على الاطلاق فكان شرط الاستدلال بالاطلاقات مفقودا لانه يشترط فيه عدم سوقها لامور اخر غير محل الاطلاق كما تقدم غير مرة واما عمومات الايفاء بالعقود والشروط فقد تقدم غير مرة ان المراد بها ما تداول منها في عصره صلى الله عليه وآله وهو الذي ضبطه الفقهاء في كتبهم فلو كانت شهرة هناك تخالف ذلك العموم قلنا انها قرينة على عدم تداول ذلك في عصره صلى الله عليه وآله فلا يتناوله العموم ويكون ذلك من العقود المخترعة فما ظنك بأطباق الاصحاب وأكثر العامة على اشتراط كون مال المضاربة من النقدين وقد أجاب عن ذلك في الرياض بأنها من العقود الجائزة فلا يصح الاستدلال بهذه العمومات فيها وقد تقدم لنا بيان فساده

فلا يصح القراض بالعروض ولا بالنقرة ولا بالفلوس ولا بالدراهم المغشوشة ولو مات المالك وبالمال المتاع فأقره الوارث لم يصح (متن)

آ غا ﴿قوله﴾ (فلا يصح القراض بالعروض) هذا يعرف مما تقدم من الفتاوى ومن الاجماعات خصوصاً اجماع جامع المقاصد ومع ذلك قد نص على عدم جواز القراض بها في السرائر والشرائع والنافع والتذكرة والتحرير وغيرها وهو معنى ما في المبسوط والمهذب من انه لا يصح بالثياب والحيوان وهو قضية كل ما اشترط فيه كون رأس المال دراهم او دنانير وفي (مجمع البرهان) كان دليله الاجماع المفهوم من عبارة التذكرة (قلت) هو الاصل في ذلك وقد استدل عليه في التذكرة بانها لو جعلت رأس مال لزم اما اخذ المالك جميع الربح أو اخذ العامل بعض رأس المال لانه اما ان يشترط رد ثوب بتلك الصفات أو قيمته وفيه نظر ظاهر لان للاوزاعي وابن ابي ليلى ان يختارا الاول و يقولا ان ارتفعت قيمته فهو كالخسران في مال القراض وان انخفضت فهو كزيادة قيمة فيها ﴿قوله﴾ (ولا بالنقرة) كما نص عليه في المبسوط والمهذب والتذكرة والتحرير وهو قضية كلام الخلاف وفقه الراوندي والوسيلة والغنية والسرائر وغيرها مما عبر فيه بالدراهم والدنانير بالاستقلال أو في تفسير الاثمان مضافاً الى الاجماعات المتقدمة وفي (غاية المراد) نص الشيخ واتباعه والمتأخرون من اصحابنا على عدم جواز القراض بالنقرة وتردد في الشرائع واستشكل في الارشاد وهو ظاهر والمحقق في شرحه حيث لم يرجح وقد يظهر من مجمع البرهان الميل او القول بالجواز وكذا الكاشاني وفي (المسالك) لا نعلم قائلاً بجوازها بها وانما ذكرها المصنف متردداً في حكمها ولم ينقل غيره فيها خلافاً (قلت) قد عرفت ان غيره متردد أيضاً ثم ان الخلاف ظاهر كل من اشترط كون رأس المال من الاثمان ووصفها بكونها خالصة من الغش كجامع الشرائع أو اقتصر على الاثمان خاصة كالتبصرة لان الاثمان تشمل المسكوك وغيرها كما تقدم في باب الصرف ثم انه لو استند في المسالك في رد تردد الشرائع الى اجماع التذكرة هو المعتمد لكان فيه بلاغ لكنه لم ينقله على وجهه كما قلناه على ان فيما نقله منه ايضا بلاغا ﴿قوله﴾ (ولا بالفلوس) عند علمائنا كما في التذكرة و بعدم الصحة بها صرح في الخلاف والمبسوط والغنية والسرائر والشرائع والتحرير والارشاد والروض والمسالك وغيرها مضافاً الى ما سبق لانها عروض والمخالف محمد بن الحسن الشيباني حيث جوزها بها استحساناً لانها يتعامل بها في بعض البلاد وان كان القياس يقضي بالعدم ﴿قوله﴾ (ولا بالدراهم المغشوشة) كما في الخلاف والمبسوط والوسيلة والغنية والسرائر وجامع الشرائع والشرائع والتذكرة والتحرير والارشاد والروض والمسالك ولا فرق بين كون الغش اقل او اكثر كما صرح به في بعض هذه وهو قضية اطلاق الباقية واطلق في فقه الراوندي والنافع واللمعة والتبصرة والروضة والكفاية اشتراط كون رأس المال دراهم او دنانير او اثماناً من دون وصفها بكونها سالمة عن الغش وقضيته انه يجوز بها وان كانت مغشوشة مع تسميتها دراهم لكن في التذكرة وجامع المقاصد وتعليق الارشاد والمسالك ومجمع البرهان ان عدم الصحة بالمغشوش اذا لم يكن متعاملاً به فلو كان معلوم الصرف بين الناس جازت به المعاملة وصح جعله مالا للقراض (قلت) ولعله حينئذ لم يبق للممنوع موضوع فضلا عن عدم الجدوى والفائدة فتأمل وكلام القدماء خال عن هذا القيد ﴿قوله﴾ (ولو مات المالك و بالمال متاع فاقره الوارث لم يصح) هذا قواه في المبسوط وجزم به في الشرائع والتحرير وجامع المقاصد والمسالك والتذكرة

ولودفع شبكة للصائد بحصة فالصيد للصائد وعليه أجرة الشبكة (الثاني) ان يكون معينا فلا يصح (يجوز خ ل) على دين في الذمه (متن)

وظاهر الاخير الاجماع عليه وهو يستفاد من قولهم أنها تبطل بالموت ومن قولهم اذا مات المالك انفسخ القراض كما في المبسوط والتحرير ايضا وخالف صاحب جامع الشرائع قال فان طلب العامل اقراره على المضاربة جاز لان رأس المال ثمن وحكمه باق وهو احد الوجهين للشافعية واحدى الروايتين عن احمد وهو غلط لان العقد الاول بطل بالموت حيث أنه من العقود الجائزة والمالك الآن غير العاقد فلا بد من عقد مستأنف ولا يصح تجديده لكون المال عروضاً نعم يصح اقراره وتجديده على سبيل المعاطاة والتقييد بكون المال متاعا ليخرج ما اذا كان نقدا فانه يصح تجديده قطعا وكان ابتداء قراض اجماعا حتى من العامة ذكره في التذكرة وهو مما يدفع به أحد الوجهين واحدى الروايتين وقول يحيى بن سعيد وما ذاك الا لمكان البطلان بالموت ويرد عليهم أيضا اتفاقهم كما في المبسوط على أنه لومات العامل وبالمال متاع لا يجوز تقرير الوارث على القراض لأنه لا يصح على العروض والاول قد بطل الا ان يفرقوا بان ركن القراض من العامل العمل وقد فات بوفاته والركن الآخر المال من المالك وهو باق بعينه بعد موته وانما انتقل الى الوارث وان وارث العامل قد لا يقدر على بيع العروض لوجوه ﴿قوله﴾ ﴿ ولو دفع شبكة للصائد بحصة فالصيد للصائد وعليه اجرة الشبكة ﴾ كما في المبسوط والمهذب والجامع والشرائع لبطلان المضاربة بمخالفة مقتضاها وليس باجارة قطعاً ولا بشركة لأنه مركب من شركة الابدان وغيرها وفي (جامع المقاصد) ان هذا مبني على التوكيل في تملك المباح لا يتصور او ان العامل لم ينو بالتملك الا لنفسه (قلت) هذا بعيد جدا قال فلو نوى بالحيازة الملك له ولصاحب الشبكة وقلنا بحصول الملك بذلك كان لكل منهما الحصة المنوية له وعلى كل منهما للآخر من اجرة مثل الصائد والشبكة بحسب ما اصابه من الملك وقد استوفينا الكلام في ذلك في آخر باب الشركة والاصل في ذكر هذا الفرع ذكر المبسوط له في الباب مشبعا ﴿قوله﴾ ﴿الثاني أن يكون معينا فلا يجوز على دين في الذمة﴾ كما في النهاية والمبسوط والشرائع والنافع والتذكرة والتحرير والارشاد والمسالك والروضة والمختلف وستسمع كلامه في ما بعدها وفي (التذكرة والتنقيح) لا نعلم فيه خلافا بل في الرياض نفي الخلاف فيه على البت وقال في موضع من مجمع البرهان دليله كانه الاجماع وقد حكي في المسالك ومجمع البرهان والكفاية والرياض عن التذكرة أنه حكي عليه الاجماع وقد سمعت ما فيها (وقال في الكفاية) قالوا وظاهره التأمل فيه والاجماع عليه كما تأمل فيه في مجمع البرهان وترك التعرض له في المقنعة والمراسم والكافي والمهذب والوسيلة والغنية والسرائر واللمعة والمفاتيح وقد ورد به خبر رواه المشائخ الثلاثة رواه في الكافي عن علي بن ابراهيم عن أبيه عن النوفلي عن السكوني وفي (التهذيب) عن احمد بن محمد عن البرقي عن النوفلي عن السكوني وفي (الفقيه) عن السكوني عن ابي عبد الله عليه السلام قال قال أمير المؤمنين عليه السلام في رجل له على رجل مال فتقاضاه ولا يكون عنده ما يقتضيه فيقول هو عندك مضاربة قال لا يصلح حتى يقبضه منه فالخبر موثق أو قوي معتبر وقد اعتضد وانجبر بما سمعت فلا ينبغي ترك التعرض لهذا الفرع من غير ابي الصلاح وابن زهرة وابن ادريس (وكيف كان) فلا فرق في ذلك بين كون الدين في ذمة العامل او غيره ومنه يعلم عدم الجواز بثمن المبيع بل هو اولى كما يأتي في

ولو قال له اعزل المال الذي لي عليك وقد قارضتك عليه فعمل واشترى بعين المال للمضاربة فالشراء له وكذا ان اشترى في الذمة ولو أقرضه ألفا شهرا ثم هو بعده مضاربة لم يصح ولو قال ضارب به شهرا ثم هو قرض صح ولو قال خذ المال الذي لي على فلان واعمل به مضاربة لم يصح مالم يجدد العقد (متن)

كلام المصنف وغيره ﴿ قوله ﴾ ﴿ ولو قال اعز المال الذي لي عليك وقد قارضتك عليه فعمل واشترى بعين المال المضاربة فالشراء له وكذا ان اشترى في الذمة ﴾ كما في التذكرة وحاصله ان القراض باطل وهو معنى ما في المبسوط وجامع الشرائع مع اختلاف في التعبير الذي يختلف به الحكم في موضوع آخر (قال في المبسوط) لو قال له اقبض لي الدين من نفسك وافرده من مالك فاذا فعلت فقد قارضتك عليه فان قبض العامل عن نفسه وغيره لم يصح القبض ولم يقع التمييز وتكون ذمته مشغولة كما كانت والالف المفردة ملك لمن عليه الدين ومراده ان المال المميز باق على ملك المديون وصرح بعد ذلك أنه ان اشترى بالمال كان الشراء له ونحوه ما في جامع الشرائع (وقال في المختلف) بعد نقل كلام المبسوط الوجه عندي صحة التوكيل وصحة الافراد واما القراض فلا شك في بطلانه وفي (التنقيح) انما يبطل القراض اذا لم يكن وكيلا واما اذا وكله في عقد القراض مع نفسه وعين له المقدار صح قلت ليس في كلام المبسوط مايدل على التوكيل فيه كالاولين وقد صرح في مثل مافي الكتاب بالبطلان في الشرائع والتحرير والارشاد (وكيف كان) فالوجه فيما قالوه من بطلان القراض هو وقوعه على الدين قبل العزل ووجه كون الشراء له أنه ان اشرى للمضاربة بعين المال كان المال ملكه لان القول لا يعينه للمديون بدون قبض الغريم أو وكيله له ونية المضاربة لا اثر لها في الشراء بملكه وان اشترى في الذمة للقراض ودفع المال وقع الشراء له لان المأذون فيه هو الشراء للقراض لينقد فيه مال القراض والمفروض ان المال الذي في يده له كذا قرره في التذكرة (واعترضه في جامع المقاصد) بأنه لم لا يكون الشراء فضوليا يتوقف على الاجازة لانه قد نواه والعقود بالقصود انتهى وهو في محله ﴿ قوله ﴾ ﴿ ولو أقرضه ألفا شهرا ثم هو بعده مضاربة لم تصح ﴾ كما في التحرير والتذكرة وجامع المقاصد وفي الاخيرين انه لابد في صحة القراض من تجديد عقد بعد الشهر وقبضه من يد المقرض لان القراض علي عوض هذا القرض وقت حصوله فلا يصح بهذه الصيغة اذ ليس بحق الآن وانما هو آيل الى الذي يصير حقا ودينا هذا حال القراض واما القرض فالظاهر صحته وضميمة المضاربة الفاسدة اليه لم تقع على وجه الشرط حتى تبطله ولم يتعرض المصنف في كتبه الثلاثة لحكم القرض في هذه ولا التي بعدها ﴿ قوله ﴾ ﴿ ولو قال ضارب به شهراً ثم هو قرض صح ﴾ كما في التذكرة وجامع المقاصد وفي (التحرير) ان القراض يبطل ان قلنا ببطلان القراض المؤجل قلت قد تقدم له الميل الى صحة القراض المؤجل أو القول به وحينئذ فوجه صحة القراض أنه عقد جامع لجميع الشرائط والظاهر صحة القرض فيكون كما لو أجره مدة غير متصلة بالعقد وتردد فيه في جامع المقاصد وليس في محله اذ هو حينئذ من المعاطاة في القرض ﴿ قوله ﴾ ﴿ولو قال خذ المال الذي لي على فلان واعمل به لم يصح﴾ كما في المبسوط والشرائع والتذكرة والتحرير والارشاد وجامع المقاصد والمسالك وهو قضية كلام النهاية لانه لم يخرج بالاذن عن كونه دينا فشرط الصحة عند العقد مفقود ﴿ قوله ﴾ ﴿ مالم يجدد

وكذا لو قال بع هذه السلعة فاذا نض ثمنها فهو قراض ولو كان وديعة أو غصبا عند فلان صح ولو كان قد تلف لم يصح وكذا يصح لو كان في يده وديعة أو غصب لم يتلف عينه فضاربه المالك به والاقرب زوال الضمان بالعقد (متن)

العقد ﴾ أي بعد القبض لانه يقع صحيحاً وان كان قد رتب عليه عقداً فاسداً وقد صرح بصحة القراض حينئذ جماعة وهو ظاهر ﴿ قوله ﴾ ﴿ وكذلك ان قال بع هذه السلعة فاذا نض ثمنها فهو قراض ﴾ يعني يكون القراض فاسداً ولا يصح كما في المبسوط والمهذب والسرائر والجامع والشرائع والتحرير والارشاد والروض والمسالك ومجمع البرهان (وقال في التذكرة) لا يصح عند علمائنا لان ثمن الثوب غير مملوك عند العقد ومع ذلك هو مجهول ثم ان العقد معلق على شرط فلا يصح كالبيع وان لم نجد الخلاف الا من أبي حنيفة حيث قال يصح القراض وان كان معلقاً كالامارة ولعله أشار الى ماروي ان النبي صلى الله عليه وآله الامير زيد فان قتل فجعفر قال فان قتل فعبد الله بن رواحه (وفيه) ان الامارة ولاية كالوصاية تحمل التعليق والجهالة وتكون شورى بين جماعة ولا يجوز شيء من ذلك في العقود جائزة كانت أو لازمة ﴿ قوله ﴾ ﴿ ولو كان وديعة أو غصبا عند فلان صح ﴾ كما في التذكرة وجامع المقاصد وزاد في التذكرة العارية وصرح في مجمع البرهان بالغصب ومعناه أنه لو كان المال الذي قارض عليه عند زيد مثلا وديعة أو غصبا صح اذا كان المال نقداً لان كونه في يد الغير لا يمنع الصحة وثبوت الضمان في الغصب لا ينافي صحة القراض لان الضمان قد يجامع القراض كما اذا تعدى العامل في مال المضاربة وكونه في الاصل امانة لا يمنع ثبوت الضمان بسبب آخر وحكى في جامع المقاصد عن بعض العامة الخلاف في ذلك لكنه لم يحك في التذكرة ﴿ قوله ﴾ ﴿ ولو كان قد تلف لم يصح ﴾ وجهه ظاهر ان كان وقت العقد تالفا وانما الكلام فيما اذا تلف بعد العقد وفيه احتمالان يأتيان عند قوله ولو تلف المال قبل دورانه في التجارة ويأتي هناك تصويره وقضية اطلاق العبارات بقاء المضاربة فيأخذ البدل كان قضية الاطلاق المذكور صحة القراض وعدم الاحتياج الى تجديد عقد فيما اذا كان المال المغصوب غير مقدور على تسليمه وقت العقد ﴿ قوله ﴾ ﴿ وكذا يصح لو كان في يده وديعة أو غصب لم يتلف عينه فضاربه المالك به ﴾ كما في المبسوط وجامع الشرائع والتحرير وكذا الايضاح وجامع المقاصد وصرح به في الغصب في المهذب والشرائع والتذكرة والارشاد وشرحه لولده والروض والمسالك ومجمع البرهان وظاهر التذكرة في موضعين الاجماع عليه في صورة الغصب وبالاولى أن يجوز في صورة الوديعة ﴿ قوله ﴾ ﴿ والاقرب زوال الضمان بالعقد ﴾ كما في جامع الشرائع والتذكرة وكأنه مال اليه في الايضاح لزوال العدوان بالاذن في اثبات اليد عليه وهو يقتضي زوال الضمان فالحكم المستصحب قد زال سببه وهو الغصب بالاذن ولا نسلم أن الاخذ ظلما سبب الضمان دائما وان أذن له ورضي بكونه عنده وأيضا عموم كل قراض لاضمان فيه مالم يتعد فيه وارد على استصحاب الضمان وقاطع له فان قلتم بتحقق القراض لزمكم القول بعدم الضمان اذ تحقق الملزوم بدون لازمه غير معقول كما ان الشك في جريان العموم هنا غير مسموع لان كل استصحاب لابد وان يعارض عموما فهذا العموم ونحوه لا يعارض الاستصحاب الا ان تقول ان هذا ليس من ذلك كما هو ظاهر ولان العامل وكيل عن المالك في التصرف فيده يده (وقد يجاب) عن الاول بانا لا نسلم ان انتفاء علة الحكم علة لزوال الحكم لان علل الشرع معرفات (وفيه)

ويحتمل بقاؤه الى الاداء ثمنا عما يشتريه ولو دفع اليه كيسين وقال قارضتك على احدهما والآخر وديعة ولم يعين او قال قارضتك على أيهما شئت لم يصح (متن)

نظر لأنه يقضي بكون منصوص العلة ليس بحجة فتأمل (وعن الثالث) بأن العامل ليس وكيلا وانما فيه معنى الوكيل (وفيه) انه مخالف لكلماتهم وقد قيل فيما اذا رهن المغصوب عن الغاصب بزوال الضمان عنه في رهن الكتاب وجامع الشرائع ومجمع البرهان ولا ترجيح هنافي الاخير ﴿ قوله ﴾ (ويحتمل بقاؤه الى الاداء ثمنا عما يشتريه) كما في المبسوط والمهذب والشرائع والارشاد وشرحه لولده وجامع المقاصد والروض والمسالك فبعضهم صرح بذلك وبعضهم قال ويزول الضمان بتسليمه الى البائع وهو بأنه لا يزول بالعقد للاستصحاب الى ان يعلم الناقل ولقوله عليه السلام على يد ما أخذت حتى تؤدي فيستمر الضمان الى اداء المال الى البائع ثمنا لأنه اذا أداه له ثمنا زال باجماع المسلمين كما في الايضاح وبالاجماع كما في المسالك وبلا خلاف كما في جامع المقاصد ومما قيل فيه ببقاء الضمان فيما اذا رهن المغصوب عند الغاصب الخلاف والمبسوط والشرائع والارشاد والدروس والحواشي وغاية المرام وجامع المقاصد والمسالك والروضة وهو المحكي عن ابن المتوج وفي (المختلف) ان فيه قوة وكأنه مال اليه أو قال به في التذكرة وتردد في التحرير ولا ترجيح في الايضاح وقد استندوا في بقائه في باب الرهن أيضا الى الاستصحاب والخبر وقد عرفت الجواب عن الاستصحاب وأجيب عن الخبر بأنه ليس بنص على انه عام اعتوره التخصيص فيخصص هنا بما اذا لم توجد الاذن ولم يحصل الرضا وقد استوفينا الكلام في ذلك في باب الرهن مسبغا بما لم يوجد في كتاب وقلنا ان القول بزوال الضمان لا يخلو عن قوة كما هو الشأن فيما لو أودعه عند الغاصب لأنه كأنه ليس محل خلاف عندهم والفرق بينهما بأن الاثمان فيها مقصود بالذات بخلاف الرهن فيه ان لازم الذات كالمقصود بالذات وكذلك فيما اذا أجره له أو أعان له وقد استشكل جماعة فيما اذا أبرأه من ضمانه أو وكله بالبيع أو الاعتاق وقد تقدم تمام الكلام في ذلك كله في باب الرهن وقد ذكرنا هناك أقوالهم هنا ﴿ قوله ﴾ (ولو دفع اليه كيسين فقال قارضتك على احدهما والآخر وديعة ولم يعين أو قال قارضتك على أيهما شئت لم يصح) قد صرح بعدم الصحة في الاول في التحرير وجامع المقاصد وكذا التذكرة والارشاد ومجمع البرهان وفي الثاني في الاولين والمبسوط والمهذب والشرائع والمسالك لعدم التعيين فكان كما قال بعتك أحد هذين العبدين وقال في موضع من مجمع البرهان كأن دليل اشتراط التعيين بالمعنى المذكور اجماع وقال في موضع آخر منه ان كون عدم التعيين بالمعنى المذكور مضراً غير ظاهر (قلت) وقد ترك اشتراط ذلك في جميع ما عدا الكتب العشرة المذكورة وقالت الشافعية في أحد الوجهين اذا تساوى ما في الكيسين قدراً أو جنسا صحت المضاربة وفيه قوة كأنها تحمل من الجهالة مالا تحمله العقود اللازمة مضافا الى الاصل المستفاد من الاطلاقات وترك الاكثر له يقضي بأنه لا اجماع على أنه لم يدعه في التذكرة وقد جوزوا القراض بالمال المشاع لانه معين ويجوز بيعه وقد يقال ان ما نحن فيه قريب منه فتأمل وفي (التذكرة وجامع المقاصد) أنه يصح القراض على الغائب عنهما وقت العقد وقال في الثاني ولو اشترط في العقد وان ظاهر اطلاقهم يقضي بعدم منافاة ذلك للصحة وقد سبق في المضاربة على المغصوب

(الثالث) ان يكون معلوما فلا يصح على المجهول قدره وفي المشاهد اشكال فان جوزناه فالقول قول العامل مع يمينه في قدره (متن)

ويأتي في اشتراط كونه معلوما ماله نفع هنا ﴿ قوله ﴾ (الثالث ان يكون معلوما فلا تصح على المجهول قدره) بلا خلاف الا من المبسوط وجامع الشرائع والمختلف واللمعة وكذا مجمع البرهان أما المبسوط فانه صرح فيه في آخر كلامه بصحة القراض بالمال المجهول واستجوده في المختلف وصرح في الجامع بجوازه بالجزاف (وقال في اللمعة) ينبغي ان يكون رأس المال معلوما عند العقد وقد نفى عنه البعد في موضع من مجمع البرهان وقد يظهر ذلك مما ترك فيه ذكر اشتراط ذلك كالمهذب والغنية والسرائر وغيرها وقد صرح في الخلاف بعدم الاكتفاء بالجزاف واضطراب النقل عن المبسوط فحكى عنه في المختلف والمهذب البارع والمقتصر ما حكيناه وحكى عنه في الايضاح وايضاح النافع وجامع المقاصد والمسالك والروضة والرياض انه اكتفى بالمشاهدة وقضيه حكايتهم انه لايجوزه بالمجهول الغير المشاهد بل في الرياض ان القول بالاكتفاء بالجزاف قول لغير الشيخ في المبسوط ونحوه مافي المسالك لكنه عبر بعبارة أحسن من عبارة الرياض كما يظهر ذلك لمن تأمل (وكيف كان) فقد قال في موضع من مجمع البرهان كأنه لاخلاف في عدم صحة القراض بالجزاف وفي موضع آخر منه انه لا اجماع في ذلك لما حكي عن الشيخ ولما في المختلف وستسمع أدلة كل من القولين عند الكلام على الاكتفاء بالمشاهدة ﴿ قوله ﴾ (وفي المشاهدة اشكال) وقد عرفت ماحكي فيه عن المبسوط الاكتفاء بالمشاهدة وفي (مجمع البرهان والكفاية) ان المشهور انه لاتكفي المشاهدة وفي (الرياض) انه الاشهر وعليه عامة من تأخر وقد سمعت مافي اللمعة وفي(كشف الرموز)عليه العمل وفي(التنقيح)انه قول الشيخ وأتباعه ولعله أراد في الخلاف وفي نسبته الى الاتباع نظر لان ظاهر القاضي موافقة المبسوط كما هو صريح الجامع ثم يظهر من الوسيلة موافقة الخلاف وهو رأي عدم الاكتفاء بالمشاهدة خيرة الشرائع والنافع وكشف الرموز والتذكرة والتحرير والارشاد والايضاح والمقتصر والتنقيح وايضاح النافع وجامع المقاصد والروض والمسالك والروضة والمفاتيح وكذا الكفاية وموضع من مجمع البرهان وهو ظاهر التبصرة ولا ترجيح في غاية المراد وفي (كشف الرموز)نقلا عن المحقق في الدروس ان الاكتفاء بالمشاهدة للسيد المرتضى وهو يدفع الوصمة عن الشرائع والنافع وغيرهما مما حكى فيه هذا القول ولم يبين قائله لان جعله قولا للمبسوط كما صنعه جماعة كما عرفت يخالف الموجود فيه مع ما فيه من الاختلاف في الحكم الا ان يكونوا قد ارادوا انه يلزمه القول بذلك (وكيف كان) فنشأ الاشكال من الاصل المستفاد من العموم وزوال معظم الغرر ويستدل عليه في المختلف بعموم المؤمنون عند شروطهم (وفيه)ان الكلام في اصل العقد لا الشرط فيه فتأمل وينحصر دليل المبسوط في الاول والثالث ومن بقاء الجهالة والاقتصار فيما خالف الاصل على محل الوفاق مضافا الى ما ستسمع ﴿ قوله ﴾ (فان جوزناه فالقول قول العامل مع يمينه في قدره) هذا قاله الشيخ لانه لما ذكر في حجة المانع ان رب المال يرجع حين المفاصلة الى رأس المال ويكون الربح بينهما فاذا كان رأس المال مجهولا تعذر افراده لربه اشار الى الجواب عنه بانه يمكن افراده بان تقول ان القول قول العامل مع يمينه وقد وافقه على ذلك المصنف والجماعة على تقدير الجواز لانه يوافق الاعتبار ويحصل به معرفة المقدار فلا معنى لقوله في جامع المقاصد لا يخفى ان القول قول

(الرابع) ان يكون مسلما في يد العامل فلو شرط المالك ان تكون يده عليه لم يصح اما لو شرط ان يكون مشاركا في اليد او يراجعه في التصرف او يراجع مشرفه فالاقرب الجواز (متن)

العامل مع يمينه لو اختلف هو ورب المال في قدره لأنه منكر سواء قلنا بالجواز مع المشاهدة ام لا فقول المصنف فان جوزناه الى آخره لا يخلو من شيء انتهى ﴿ قوله ﴾ (الرابع ان يكون مسلماً في يد العامل) هذا شرطه المصنف في التحرير ايضا والشافية وقد يلوح من الايضاح اختياره وفي (جامع المقاصد) انه اولى وابعد عن الريب وقرب في التذكرة عدم اشتراطه وقد خلت عنه كتب الاصحاب قاطبه من المقنع والمقنعة الى الرياض بل ظاهر اكثرها عدمه حيث يذكرون سائر الشرائط ويتركونه وما تضمنته عباراتهم واكثر اخبار الباب من ان المالك يدفع المال الى العامل فلم يكن مسوقا لبيان ذلك وانما جروا به على الغالب مع السؤال عن الواقع في الاخبار والا ففي الصحيح من اتجر مالا واشترط نصف الربح الحديث وفي (الموثق) في تاجر اتجر بمال الى غير ذلك كقول امير المؤمنين عليه السلام من ضمن تاجرا فهي باطلاقها وعمومها تقضي بعدم هذا الشرط (وكيف كان) فحجة المصنف في الكتاب والشافية ان ذلك اي كونه في يد المالك خلاف وضع للمضاربة وان توثق الانسان على ماله بحفظه في يده وان كان امرا مطلوبا وقد تدعو الضرورة الى الاستعانة بالخائن لحذقه لكنه ربما لم يجده عند الحاجة او لا يساعده على رأيه فيفوت عليه التصرف الرابح والقراض موضوع تمهيدا وتوسيعاً لطريق التجارة ولهذا الغرض احتمل فيه ضروب من الجهالة فيصان عما يخل به (واجيب عن الاول) بأنه ان أريد بوضع المضاربة مقتضى العقد فلا نسلم ان العقد يقتضي ذلك لأنه معاملة على المال بحصة من ربحه وهذا يتحقق مع كون المال في يد المالك والعامل يتردد في المال في الشراء والبيع وتوابعهما وان اريد بالوضع ان الغالب في العادات ذلك لم يقدح ذلك في جواز المخالفة (وقد يقال) ان المراد غير هذين وهو انها اذا شرعت على هذا الوجه اذ لم يعهد ولم ينقل ان المضاربة في عصره صلى الله عليه وآله وسلم ان يكون المال في يد المالك وانما المعروف من لدن عصره صلى الله عليه وآله وسلم الى اليوم ان المال يسلم الى العامل ويرشد اليه معنى القراض في لغة أهل الحجاز مضافا الى ما قالوه في تعريف القراض والمضاربة (وعن الثاني) بانه ينتقض بما اذا عين له المالك نوعا من التصرف فانه يجوز مع وجود المحذور ﴿ قوله ﴾ (فلو شرط المالك أن تكون يده عليه لم تصح) كما هو قضية كلام التحرير خلافا لما في التذكرة فانه قال فيها فلو شرط المالك ان يكون الكيس في يده يوفي الثمن منه اذا اشترى العامل شيئا جاز وهو اوفق باصول المذهب لانه شرط سائغ لا يخالف كتابا ولا سنة وانه لو لم يشرع لزم تضرر صاحب المال اما بترك التجارة او تسليم ماله الى الخائن وكلاهما ضرر والتحقيق ان يقال ان وضع المضاربة ومشروعيتها على ان يكون المال في يد العامل كما ان وضع الشركة على ان الربح تابع لرأس المال وليس ذلك شرطا فيهما لكن اذا اشترط في المضاربة ان يكون في يد المالك جاز كما اذا اشترط التفاوت في الشركة فانه يجوز كما تقدم بيانه ﴿ قوله ﴾ (اما لو شرط ان يكون مشاركا في اليد او يراجعه في التصرف أو يراجع مشرفه فالاقرب الجواز) وهو الاصح كما في الايضاح (وقال في التحرير) في الفساد نظر وقضيته أن لا تأمل له في الصحة وقد تقدمت الاشارة الى وجه احتمال

ولو شرط ان يعمل معه غلام المالك جاز (الرابع) العمل وهو عوض الربح وشرطه ان يكون تجارة فلا يصح على الطبخ والخبز والحرف اما النقل والكيل والوزن ولواحق التجارة فانها تبع للتجارة والتجارة هي الاسترباح بالبيع والشراء لا بالحرف والصنائع واذا اذن في التصرف واطلق اقتضى الاطلاق ما يتولاه المالك من عرض القماش ونشره

الفساد من انه ربما لم يجده عند الحاجة أو لم يساعده على رأيه وهو ضعيف جداً ﴿ قوله ﴾ (ولو شرط ان يعمل معه غلام المالك جاز) كما في المبسوط والتذكرة والتحرير وجامع المقاصد وهو خيرة اكثر الشافعية لان العبد مال فاذا دفعه (١) الى العامل فقد جعله معينا وخادما للعامل فيقع تصرفه له تبعا لتصرفه كما اذا ضم اليه حماره او بغله ليستعين به على نقل المتاع او الركوب اذ المراد بالغلام المملوك ولأنه عقد على اصل يتشاركان في فائدته فجاز ان يشترط فيه على رب المال عمل غلامه كالمساقاة والقول الثاني لبعض الشافعية انه لا يجوز كما اذا شرط عليه أن يعمل بنفسه (وفيه) ان غلامه وعمله مال فصح ضمه اليه كالبهيمة ولا كذلك ضم نفسه على انا قد نقول بصحته على تأمل وظاهر المبسوط والتذكرة انه لا يصح ولا فرق في ذلك عندنا بين ان يقول بشرط ان لا تتصرف بالمال دونه او يكون بعض المال في يده او لم يشترط ذلك كما لا فرق بين ان يشترط له حصة من الربح فيكون عاملا ايضا أم لا فيكون كما لو دفع اليه بغلا او حماراً واما اذا شرط ان يعمل معه غلامه الحر فانه يكون عاملا ﴿ قوله ﴾ (الرابع وهو عوض الربح وشرطه ان يكون تجارة فلا يصح على الطبخ والخبز والحرف) كما صرح بذلك كله في التذكرة والتحرير وجامع المقاصد وهو صريح المبسوط في الاخير وقضية كلامه في الاولين لانه يسوغ القراض فيما لا يجوز الاستئجار عليه وهو التجارة التي لا يمكن ضبطها ولا معرفة قدر العمل فيها ولا قدر العوض والحاجة داعية اليها فشرعت للضرورة مع جهالة العوضين والطبخ والخبز وغيرهما من الصنائع اعمال مضبوطة يمكن الاستئجار عليها فلا ضرورة فيها الى ارتكاب مخالفة الاصول وتجويز القراض فيها ومعنى القراض على هذه الاشياء ان يقارضه على ان يشتري الحنطة ويطحنها ويخبزها والطعام ليطبخه والغزل لينسجه والثوب ليصبغه او يقصره ونحو ذلك من الحرف والصنائع التي ليست تجارة ولا من توابعها نعم لو فعل هذه الاشياء من دون شرط صح ولا يخرج الدقيق ولا الخبز والمطبوخ والثوب المنسوج او المصبوغ أو المقصور عن كونه رأس مال القراض والقراض بحاله كما لو سمن عبد القراض أو كبر او تعلم صنعة كما صرح به في التذكرة وجامع المقاصد وهو احد قولي الشافعية والقول الثاني للشافعية ان هذه الاعيان تخرج عن كونها مال قراض فلو لم يكن في يده غيرها انفسخ القراض لان الربح حينئذ لا يحال على البيع والشراء فقط بل على التغيير الحال في مال القراض بفعله وغير التجارة لا يقابل بالربح المجهول ﴿ قوله ﴾ (اما النقل والكيل والوزن ولواحق التجارة فانها تبع للتجارة والتجارة هي الاسترباح بالبيع والشراء لا بالحرف والصنائع) يريد ان هذه الاشياء ونحوها كالنقد ونشر القماش وطيه وغير ذلك ليست مقصودة بالذات في التجارة كالقراض على الطبخ والخبز بل هي تابعة لاحقة للتجارة ﴿ قوله ﴾ (فاذا اذن في التصرف واطلق اقتضى الاطلاق

---

(١) هذه العبارة اعني «لان العبد مال فاذا دفعه» كانت ساقطة من النسخة وقد وجدناها في التذكرة فاثبتناها (مصححه)

وطيه واحرازه وبيعه وقبض ثمنه وايداعه الصندوق واستئجار ما يعتاد الاستئجار له كالدلال والوزان والحمال ولو استأجر لما يجب عليه مباشرته فالاجرة عليه خاصة ولو عمل بنفسه ما يستؤجر له عادة لم يستحق اجرة ولو شرط عليه ما تضيق التجارة بسببه لزم فان تعدى

فعل ما يتولاه المالك من عرض القماش ونشره وطيه واحرازه و بيعه وقبض ثمنه وايداعه الصندوق واستئجار ما يعتاد الاستئجار له كالدلالة والوزان والحمال ﴾ قد صرح بان عليه فعل مايتولاه المالك وان له الاستئجار على ما يعتاد الاستئجار له في المبسوط والسرائر وجامع الشرائع والتذكرة والتحرير والارشاد وجامع المقاصد والروض والمسالك والروضة ومجمع البرهان والكفاية والمفاتيح والرياض والوجه فيها ان المضاربة بمنزلة الوكالة المطلقة فيعمل بما يقضي به العرف والعادة ويكون اطلاق العقد منصرفا الى ذلك بل الوكالة هنا لما ذكرنا تخالف الوكالة في البيع لان الوكيل فيه ليس وكيلا في القبض من دون قرينة ولا كذلك هنا فان العقد صريح في ذلك لان المضاربة من دون قبض وتسليم غير ممكنة عادة كما هو ظاهر وما في المبسوط والسرائر من تقييد ذلك بالحضر فليس خلافا كما هو ظاهر لمن تدبر وقد رتب اقتضاء الاطلاق ذلك في العبارة والشرائع والتذكرة والتحرير على الاذن في التصرف ومن المعلوم ان العامل لا يفتقر بعد العقد في جواز التصرف الى اذن آخر فالمراد بالاذن في الكتب الاربعة الاذن الذي تضمنه اطلاق عقد المضاربة وكان الاولى أن يقولا فيها كما قيل في غيرها ولو اطلق العقد تولى العامل بالاطلاق ما يتولاه المالك ولا يخفى مافي قوله واستئجار ما يعتاد الاستئجار له من المسامحة الظاهرة وقد وقع مثل ذلك في الشرائع والتذكرة والتحرير وكان الاولى ان يقولا فيها والاستئجار لما يعتاد الاستئجار له (و بقي هنا شيء) وهو انه اذا قضى الاطلاق فعل ما يتولاه المالك من عرض القماش ونشره فلم لم يقتض الشراء في الذمة لان المالك يتولاه كما هو الغالب في التجارة فيحكم به لذلك ظاهراً و باطنا مطلقا وان لم ياذن العامل مع انهم حكموا بوجوب الشراء بالعين معللين بانه من مقتضيات العقد فهم مطالبون بالفرق مع انه مشارك للاول في قضاء العرف (الا أن تقول) ان العرف في الشراء في الذمة مختلف فلا سبيل الى جعله من مقتضيات العقد وقاعدة كلية ولعله لمكان عدم اطمئنان المالك بقضاء الدين عنه ولا كذلك عرض القماش ونشره فالمدار على العرف ويأتي تمام الكلام ان شاء الله تعالى وقد تقدم ماله نفع (في ظ)هذا ﴿ قوله ﴾ ﴿ ولو استأجر لما يجب عليه مباشرته فالاجرة عليه خاصة ﴾ كما في جميع الكتب المتقدمة عدا الروضة والمفاتيح للاصل والعمل على المتعارف المعتاد لانه قضى بانه عليه فعليه تحصيله بأي وجه كان ﴿ قوله ﴾ ﴿ ولو عمل بنفسه مايستؤجر له عادة لم يستحق أجرة ﴾ كما صرح بذلك أيضا في جميع ماتقدم عدا الكتابين المذكورين لكن في جامع المقاصد والمسالك والكفاية التأمل في ذلك على الاطلاق (قال في جامع المقاصد) ولو عمل على قصد الاجرة ففي الاستحقاق نظر وينبغي ان قلنا ان الوكيل في البيع يجوز ان يبيع لنفسه والوكيل في الشراء ان يشتري لنفسه ان نقول بجواز استئجاره نفسه لذلك العمل هذا انتهى ونحوه مافي المسالك والكفاية وهو غير جيد لمكان اطلاقهم من غير توقف والاطلاق حجة بل لم يحك عن العامة في ذلك خلاف ولانه خلاف العادة والعرف فهو المخصص المانع نعم لو أذن له المالك في ذلك كان له ذلك وفي جامع المقاصد انه لا بحث فيه ﴿ قوله ﴾ ﴿ ولو شرط عليه ماتضيق

ضمن كما لو شرط ان لايشتري الا ثوبا معينا أو ثمرة بستان معين أو لايشتري الا من زيد أو لا يبيع الا عليه وسواء كان وجود ما عينه عاما أو نادراً ولو شرط الاجل لم يلزم ولو قال ان مضت سنة فلا تشتر بعدها وبع صح وكذا العكس ولو قال على اني لااملك فيها منعك لم يصح ولو شرط ان يشتري أصلا ويشتركان في نمائه كالشجر أو الغنم فالاقرب الفساد لان مقتضى القراض التصرف في رأس المال (الخامس) الربح وشروطه اربعة (الاول) ان يكون مخصوصا بالمتعاقدين (متن)

التجارة بسببه لزم فان تعدى ضمن كما لوشرط ان لايشتري الاثوبا معينا أو ثمرة بستان معين أولايشتري الا من زيد أو لايبيع الا عليه وسواء كان وجود ماعينه عاما أو نادرا ﴾ قد تقدم الكلام في ذلك عند قوله وهو عقد قابل للشروط الصحيحة وانه مقتضى الاخبار الصحيحة وحكاية الفتاوى والاجماعات عليه واما انه ان تعدى ضمن فقد تقدم حكاية الاجماع عليه عن الغنية والسرائر وقد قالوا ان الربح يكون بينهما على ماشرطاه وهو ايضا لاخلاف فيه لمكان الاخبار ويأتي الكلام فيه ان شاء الله تعالى ﴿ قوله ﴾ ﴿ ولوشرط الاجل لم يلزم ﴾ هذا قد تقدم الكلام فيه بما لامزيد عليه مسبغا محررا وقد أعاده المصنف ليرتب عليه مابعده لكنا نحن أسبغنا الكلام هناك فيما رتب عليه هنا ﴿ قوله ﴾ ولو قال ان مضت سنة فلا تشتر بعدها وبع صح وكذا العكس ولو قال على اني لا أملك فيها منعك لم يصح ﴾ هذا مارتبه عليه وقد تقدم الكلام فيه متصلا ﴿ قوله ﴾ ﴿ ولو شرط ان يشتري أصلا يشتركان في نمائه كالشجر والغنم فالاقرب الفساد لان مقتضى القراض التصرف في رأس المال ﴾ كما هو خيرة المبسوط والسرائر وجامع الشرائع والتذكرة والتحرير والايضاح وجامع المقاصد والمسالك ولم ينقل فيه في المبسوط والتذكرة عن العامة قول بالصحة ولا احتمال لما أشار اليه المصنف وغيره من ان مقتضى القراض التصرف في رأس المال بالبيع والشراء وتحصيل الربح بالتجارة ولا كذلك هنا لان فوائده تحصل من عين المال بغير تصرف ولان المضاربة عبارة عن معاوضتين معاوضة الشراء وبها يحصل للمالك ظهور الربح ومعاوضة البيع وبها يحصل الانضاض والمضاربة تدل على ملك العامل لها معا مطابقة وعلى كل واحد بالتضمن (قلت) اطلاق الاخبار يأتي على ذلك كله ويدفعه ففي (الصحيح والموثق) من اتجر مالا واشترط نصف الربح مضافا الى الاطلاقات أخر والى اطلاقات ا كثر عبارات القدماء وبعض المتأخرين فالمحط وقد تردد في الشرائع في الفساد لان النماء حصل بسعي المال اذ لولا شراؤه لم يحصل وذلك من جملة الاسترباح بالتجارة وفي (جامع المقاصد) ان ضعفه ظاهر لان الحاصل بالتجارة هو زيادة قيمة العين لانماؤها وعلى القول بالفساد يصح الشراء لمكان الاذن ويكون الحاصل بأجمعه للمالك لانه نماء عينه وعليه أجرة المثل للعامل ومحل البحث انما هو اذا حصرا الربح في النماء المذكور والافلا مانع من كون النماء بينهما ويحتسب من جملة الربح على بعض الوجوه كما اذا اشترى شيئا له غلة فظهرت غلته قبل ان يبيعه فعبارة الكتاب والشرائع والتحرير لعلها غير جيدة الا ان تقول ان الشرط يفيد الحصر والاولى مافي المبسوط من قوله ولو قارضه على ان يشتري أصلا له فائدة ليستتبع الاصل ويطلب فائدته ونحوه مافي السرائر والجامع والتذكرة ﴿ قوله ﴾ ﴿ الخامس الربح وشروطه أربعة الاول ان يكون مخصوصا بالمتعاقدين ﴾ هذا الشرط مستفاد من الاخبار وكلام الاصحاب وان لم يذكر بعنوان الشرطية

فلو شرط جزأ منه لاجنبي فان كان عاملا صح والا بطل ولو شرط لغلامه حصة معهما صح سواء عمل الغلام اولا (متن)

الا في التذكرة والتحرير والكتاب ﴿ قوله ﴾ ﴿فلو شرط جزأ منه لاجنبي فان كان عاملا صح والا بطل﴾ قولا واحداً في الحكمين مما كما في المبسوط وبهما صرح في المهذب والشرائع والتذكرة والتحرير والارشاد والتنقيح وجامع المقاصد والروض والمسالك ومجمع البرهان والمراد بالاجنبي من كان غير المتعاقدين وانما لم يصح اذا لم يكن عاملا لانه خلاف وضع القراض لان وضعه على ان الربح للمالك بماله والعامل بعمله ووصفه بالاجنبية مع كونه عاملا لان العامل هنا من يكون اليه التصرف في جميع ما يقتضيه العقد وهذا المشروط له ليس كذلك بل انما شرط عليه عمل مخصوص كأن يحمل لهم المتاع الى السوق مثلا أو يدال عليه ونحو ذلك من الاعمال الجزئية المضبوطة فلو جعل عاملا في جميع الاعمال لكان العامل الذي هو أحد أركان العقد متعدداً وهو غير محل الفرض فلا فرق فيه عندنا بين كونه قريبا كالولد والوالد أو بعيدا فلا بد حينئذ من ضبط العمل الخاص الذي يشترط عليه وكونه من أعمال التجارة هذا هو المستفاد من كلام جامع المقاصد وبه صرح في المسالك في تفسير عبارة الشرائع وهي كعبارة الكتاب وهو خلاف ظاهر المبسوط والمهذب وكذا التذكرة والتحرير (قال في المبسوط) بعدان ذكر ما اذا شرط لغلامه هذا اذا شرط الربح لغلامه فان شرط ثلث الربح لاجنبي مثل ان يقول ثلثه لك وثلثه لي وثلثه لزوجتي أو أبي أو ولدي أو صديقي فان لم يشترطا على الاجنبي العمل بطل القراض وان شرط ان يكون من الاجنبي العمل مع العامل صح و يكون كأنه قارض عاملين فخرج من هذه الجملة ونحوه مافي المهذب والتذكرة والتحرير وظاهرها المراد بالاجنبي غير المملوك هذا وقد قال في الشرائع وان لم يكن عاملا فسدوفيه وجه آخر وفي (المسالك) وغيره ان الوجه الآخر انه اذا شرط للاجنبي يصح الشرط وان لم يعمل بعمومات الايفاء بالشروط والعقود وقيل ان المشروط يكون للمالك رجوعا الى أصله لئلا يخالف مقتضى العقد ولقدوم العامل على ان له ماعين له خاصة وقال في (المسالك) وهذا الوجه لم يذكره غيره وليس بمعروف ولهذا اختلف فيه انتهى قلت قد قال في في التحرير ولو قال للعامل لك الثلثان على ان تعطي امرأتك نصفه ففي اللزوم نظر (وقال في التذكرة) لم يلزم الشرط فان أوجبه فالاقوى البطلان وحكى فيه عن بعض الشافعية ماحكى فقد ذكره غيره وكان معروفا (وقال في التنقيح) وفيه وجه آخر بالصحة لاعمل عليه وقداحتمل هذين الاحتمالين في مجمع البرهان ﴿ قوله ﴾ ﴿ولو شرط لغلامه حصة معهما صح سواء عمل الغلام أم لا ﴾ في المبسوط والمهذب والتحرير والشرائع والتذكرة والارشاد وجامع المقاصد والمسالك ومجمع البرهان وفي (المبسوط) الاجماع على الصحة فيما اذا لم يعمل الغلام وصريح الثلاثة الاول ان الغلام المشروط له مملوك المالك وهو الذي فهمه مولانا الاردبيلي من عبارة الارشاد وعبارة الكتاب والشرائع وغيرها قابلة لكونه غلام المالك وغلام العامل وبهما صرح في التحرير أيضا وجامع المقاصد والمسالك ولا فرق بينهما في الحكم والاصل في ذلك الاصل المستفاد من عموم أدلة هذا العقد وغيرها مع عدم المانع اذ ليس هو الآخذ حصة من غير مال ولا عمل في صورة عدمه وهو لا يصلح هنا للمانعية لانه يرجع بالآخرة الى ان للمالك حصتين والباقي للعامل وهو على المعروف بين الاصحاب من أنه لا يملك أصلا ظاهر وكذا على القول بأنه لا يملك الا

(الثاني) ان يكون مشتركا فلو قال خذه قراضا على ان الربح لك أو لي بطل (متن)

مع التمليك أوفاضل الضربية واما مع العمل فالامر ظاهر ﴿ قوله ﴾ (الثاني ان يكون مشتركا
كما في النافع والتذكرة والتحرير والتنقيح وجامع المقاصد وعبر عنه في الشرائع بانه لابد من ان يكون
الربح مشاعا وقد نبه عليه في المبسوط وغيره بأن عقد المضاربة يقتضي كون الربح بينهما يقتضي الاشتراك
في الربح واستغنى عنه جماعة بقولهم في تعريف القراض بحصة من ربحه ومن صرح به بعد ذلك فقد أراد
التنبيه على ان المراد بالحصة القدر المشاع وانه لا يصح القدر المعين من الربح (وكيف كان) فالاجماع
معلوم على اشتراط الاشتراك في الربح وفي (مجمع البرهان) كأنه لاخلاف في هذا الشرط وفي كونه داخلا
في مفهوم المضاربة (قلت) والنصوص مستفيضة بأن الربح بينهما والوضيعة على المال وفي (المسالك) وكذا
الكفاية الاجماع على البطلان فيما اذا جعل لاحدهما شيئا معينا والباقي للآخر ﴿ قوله ﴾ (فلو
قال خذه قراضا على ان الربح لك أولي بطل) كما صرح به في الصورتين في المبسوط والتذكرة والتحرير
وجامع المقاصد والمسالك وظاهر التذكرة الاجماع على انه قراض فاسد في الصورة الاولى قال فسد
القراض أيضا عندنا ولا تصغ الى قوله في المهذب البارع فيه قولان فانه وهم جزما كما ستعرف ونص
على البطلان في الصورة الاخيرة في السرائر والخلاف على ماحكى عنه في المختلف والتنقيح ولم أجده
فيه وهو ظاهر المختلف بل صريحه كما ستعرف وفي (المسالك والكفاية) انه أي بطلان القراض في
الصورة الاخيرة المشهور وفيه انا لم نجد خلافا ولا قائلا له الا قوله في المهذب البارع فيه قولان وقوله
في الشرائع ويمكن ان يجعل بضاعه نظرا الى المعنى وفيه تردد وكذا التردد لو قال الربح لك انتهى
فهو ليس بمخالف انما هو متردد في جعله بضاعة ويأتي تحريره بل قد يلوح من التذكرة الاجماع عليه
لمن لحظ كلامه في الصورة الاولى وأما أبو العباس فقد بنى ما حكاه على ما فهمه من المختلف
قال وقال العلامة بصحة العقد ولا أجرة للعامل وهو وهم فاسد لانه في المختلف حكى
عن المبسوط والخلاف بطلان القراض ولما كان قضية ذلك ثبوت الاجرة للعامل
بناء على القاعدة المشهورة قال بعد حكاية ذلك والوجه عندي أنه لا اجرة للعامل لانه دخل على ذلك
فكان متبرعا بالعمل فلا أجرة له حينئذ انتهى ولم يتكلم بشيء آخر قبله ولا بعده فهو موافق للشيخ بأنه
قراض فاسد لكنه قال هذا القراض الفاسد لا أجرة له لأنه دخل على ذلك وقد تقدم مثل ذلك فيما
اذا بطلت الاجارة والمزارعة والمساقات بل المضاربة بمثل ذلك وبذلك ظهر لك ما في المسالك من
احتمال حمل كلام المختلف على البضاعة ووجه تردد المحقق النظر الى المعنى فانه دال على البضاعة وان
كان بلفظ القراض لانها لاتختص لفظا وما ذكر دال عليها ولأنه لا يحكم بالغاء اللفظ ما امكن حمله على
الصحيح (وفيه) ان قوله خذه قراضا يأبى على ذلك ويبطله والمالك نص في الخلاف ان تم ماحكى عنه
والمبسوط والتحرير على انه ليس بضاعة وانما هو قول ابي حنيفة لا غير واحد وجهي الشافعية لا الشافعي
اذ محل الاشكال ما اذا لم يقصد القراض ولا البضاعة اما بان لم يقصد شيئا واطلق اللفظ أولم يعلم
ما قصد اما اذا قصد الاول فلا اشكال في أنه قراض كما انه لا اشكال في أنه بضاعة اذا قصدها ولا
بد من تنزيل كلامهم على ذلك ووجه تردده في الصورة الاولى احتمال كونه قرضا لدلالته عليه معنى
على نحو ماتقدم ومحل التردد والاشكال ما اذا لم يقصد القراض ولا القراض (١) في السرائر لمنه

(١) كذا في النسخة وفي العبارة سقط ولعل صوابها وتخصيصه في السرائر واوذكره اووتعرضه ونحو ذلك (مصححه)

اما لو قال خذه فاتجر به على ان الربح لك كان قرضـا ولو قال على ان الربح لي كان بضاعـة (الثالث) ان يكون معلوما فلو قال على ان لك مثل ماشرطه فلان لعامله ولم يعلمه احدهما بطل

للصورة والخلاف ان صح ماحكى عنه ليس خلافا وبالم يتتبع صاحب الرياض قال ولو اختص الربح باحدهما كان بضاعة أو قرضا اذا لم يكن الدفع بصيغة المضاربة والافيحتملهما وعدمهما لجعل الاحتمالين على حد سواء ﴿ قوله ﴾ ﴿ أما لو قال خذه واتجر به على ان الربح لك كان قرضا ولو قال على أن الربح لي كان بضاعة ﴾ كما صرح بذلك كله في المبسوط والسرائر وجامع الشرائع والشرائع والتذكرة والتحرير وايضاح النافع وجامع المقاصد والمسالك والمفاتيح لان اللفظ في هاتين لم يشتمل على ضميمة منافية للقرض والبضاعة وهي التصريح بالقراض كما في الصورة الاولى وهذا اذا اطلق اللفظ ولم يقصد شيئا غير مقتضى اللفظ أو قصد القرض والبضاعة (واعترض في مجمع البرهان) على قولهم كان المال قرضا ودينا بان القرض يحتاج الى صيغة خاصة وله احكام خاصة والفرض عدم وجودها وقصدها من المالك والعامل ولايخرج المال عن ملكه بمجرد قوله اتجر ويكون الربح لك ولم يوجد غير ذلك ولم يعلم كون ذلك مملكا على أنه قد يكون العامل أو القايل جاهلا لايعلم أنه لايمكن كون المال باقيا على ملكه وكون الربح للعامل أو مقصوده اعطاء الربح للعامل بعد كونه له (ونحن نقول) قد تقدم ان ايجاب القرض لاينحصر في لفظ بل يكفي فيه كل لفظ دال عليه بل حكينا عن السلف الاكتفاء بمجرد الطلب والقرينة وفي أخبار الباب من ضمن تاجرا فليس له الا رأس ماله وليس له من الربح شيء فهي ظاهرة في أنه بمجرد تضمين المالك المضارب يصير قرضا وان لم يتقدم عقد القرض وهو في معنى اشتراط الربح للعامل لان كانا معا من لوازم القرض فتأمل ثم انه اذا تصرف به يكون المال دينا في ذمته لكنه يبعد ارادة ذلك من قولهم قرضا وربما يجاب بان المراد اشتراط الربح للعامل خاصة انما يكون في القرض وللمالك خاصة انما يكون في البضاعة وهذا لايدل على حصول القرض بمجرد هذا الاشتراط وقال في (الرياض) في البضاعة ان ظاهر التذكرة والمسالك وغيرها عدم لزوم الاجرة فيها للعامل الا انه لابد من تنزيل كلامهم على ما في التنقيح حيث قال فيها أي البضاعة فان قال مع ذلك أي مع قوله والربح لي ولا أجرة لك فهو توكيل في الاسترباح من غير رجوع عليه باجرة وان قال لك اجرة كذا فان كان عين عملا مضبوطا بالمدة أو العمل فذلك اجارة وان لم يعين فجعالة وان سكت وكان ذلك الفعل له أجرة عرفا فله اجرة مثله (قلت) لعل غرضهم هنا تمييز الاقسام لابيان مايتعلق بها من الاحكام بل قد نقول انهم يقولون انه لايلزمه للعامل شيء في البضاعة ان لم يكن هناك عرف أو عادة باللزوم لان البضاعة عندهم لااجرة لها كما فسرها بذلك في الكفاية وكما هو صريح كلامهم فيما اذا دفع اليه المال قراضا بالنصف وشرط أن يأخذ منه المال بضاعة (وقال في الوسيلة) حيث قسم المال المدفوع الى الغير الى الوديعة والقراض والقرض مانصه وان دفع اليه ليتجر به له من دون أجرة كان بضاعة وان دفع اليه ليرد عليه مثله في بلد آخر فسفتجه ﴿ قوله ﴾ ﴿ الثالث ان يكون معلوما ﴾ قال في التذكرة لاخلاف في بطلان القراض مع الجهل بالربح وستسمع كلامهم فيما رتبوا على ذلك ﴿ قوله ﴾ ﴿ فلو قال على ان لك مثل ما شرطه فلان ولم يعلمه أحدهما بطل ﴾ كما في المبسوط والمهذب والتحرير وجامع المقاصد وهو قضية كلام غيرها لان شرط فلان لايوثق باستعلامه لامكان تعذر الوصول اليه بموت أوغيبة أونسيانهما وه يفرق

ولو قال ان الربح بيننا فهو تنصيف وكذا خذه على النصف او على ان لك النصف وان سكت عن حصته اما لو قال على ان لي النصف وسكت عن حصة العامل بطل على اشكال ولو قال على ان لك الثلث ولي النصف وسكت عن السدس صح وكان للمالك ولو قال خذه مضاربة على الربع أو الثلث صح وكان تقدير النصيب للعامل ولو قال لك ثلث الربح وثلث ما بقي صح وكان له خمسة اتساع لانه معناه

بينه و بين جهلهما بالحساب فيما يأتي القطع فيه بامكان الاستعلام ﴿ قوله ﴾ (ولو قال على ان الربح بيننا فهو تنصيف) كما في المبسوط والمهذب والسرائر وجامع الشرائع والشرائع والتذكرة والتحرير والارشاد والتنقيح وجامع المقاصد والروض والمسالك ومجمع البرهان وفي الاخير كانه لاخلاف فيه لان الظاهر أن معناه ان جميع ماربح يكون بيننا فاذا كان كل جزء بينهما تلزم المناصفة كما قالوه فيما اذا قال الموصي هذا لهما أو أقربان هذا المال بين هذين لاصل عدم التفاضل لاستواء نسبتهما الى السبب المقتضي للاستحقاق كما مر مثله مرارا و به يبطل احتمال البطلان كما هو أحد وجهي الشافعية لان البينة تصدق مع التفاوت ﴿ قوله ﴾ (وكذا خذه على النصف) كما في الشرائع والتحرير والتنقيح وكذا المسالك لان المتبادر من هذه الصيغة أن الربح بينهما نصفين كما مر مراراً لان المراد ان النصف للعامل لانه المحتاج الى الاشتراط وفي (جامع المقاصد) ان الاصح البطلان لان اللفظ كما يحتمل ذلك يحتمل أن يكون النصف للمالك والآخر لايحتاج الى ذكره لتبعيته للمال فيفسد وافتقار العقد الى تعيين حصة العامل لايقتضي كون اللفظ المشترك محمولا عليه قلت التبادر المذكور غير منكور فالاصح الصحة ﴿ قوله ﴾ (أو على ان لك النصف وان سكت عن حصته) كما في المبسوط والشرائع والتنقيح وجامع المقاصد والمسالك وكذا التذكرة لان الربح كله حق للمالك فاذا شرط بعضه للعامل بقي الباقي له بحكم الاصل فلا حاجة الى تعيين حصته وانما هو تأكيد ونحوه قوله جل شأنه فورثه ابواه فلامه الثلث ﴿ قوله ﴾ (اما لو قال على أن لي النصف وسكت عن حصة العامل بطل على اشكال) البطلان خيرة المبسوط وجامع الشرائع والشرائع والتحرير والتنقيح وجامع المقاصد والمسالك وهو لازم للايضاح ولمن قال به في مثله في المساقاة ويحتمل الصحة وهو قوي جدا لان المتبادر عرفا أن المسكوت عنه للعامل لمكان تخصيص استحقاقه النصف بالذكر ومفهوم اللقب هنا معتبر لانه كالقيد لكنا لم نجد بهما قائلا فليتأمل جيدا(١) ووجه العدم أن دلالة المفهوم ضعيفة وان الفرق غير مستقر ﴿ قوله ﴾ (ولو قال على ان لك الثلث ولي النصف وسكت عن السدس صح وكان للمالك) كما في المبسوط والتحرير وجامع الشرائع وجامع المقاصد لتعارض المفهومين فيبقى أصل الاستحقاق بغير معارض ﴿ قوله ﴾ (ولو قال خذه مضاربة على الربع أو الثلث صح وكان تقدير النصيب للعامل) هذه هي معنى قوله خذه على النصف مع زيادة البيان بقوله وكان تقدير النصيب للعامل اذ معناه أن النصف المقدر منزل على أنه للعامل لانه المحتاج الى تقدير نصيبه دون المالك لاستحقاقه بالاصل ﴿ قوله ﴾ (ولو قال لك ثلث الربح وثلث ما بقي صح وكان له خمسة اتساع لانه معناه) كما في التذكرة والتحرير وجامع المقاصد والمبسوط لكنه مثل فيه بما اذا قال له لك ثلث الربح وثلثا ما بقي وقال أنه يصح ويكون له سبعة اتساع ووجه قوله في الكتاب انه بمعناه انما نطلب أقل عدد له ثلث ولما يبقى منه بعد الثلث ثلث

---

(١) لعدم تحقق الاجماع وعلى تقديره وما كان ليكون قطعيا لا يضر الخلاف الا على القول بوجوب الظهور (منه)

ولو قال لك ثلث الربح وربع ما بقي فله النصف ولو قال لك الربع وربع ما بقي فله ثلاثة أثمان ونصف ثمن سواء عرفا الحساب او جهلاه لانه اجزاء معلومة (الرابع) ان يكون الربح

وذلك تسعة مضروب ثلاثة في ثلاثة ثلثه ثلاثة وثلث الباقي اثنان ونسبة ذلك الى المجموع خمسة اتساع (وقال في التذكرة) هذا اذا علما عند العقد ان المشروط كم هو فان جهلاه أو احدهما فللشافعية وجهان (احدهما) الصحة وهو حسن لسهولة معرفة ماتضمنه وهو معنى مافي التحرير وما يأتي في الكتاب من قوله سواء عرفا الحساب أوجهلاه لانه اجزاء معلومة يعني محققة الوجود وليست مثل قوله مثل ماشرط فلان وقد اختلف كلامهم في باب البيع فتارة اكتفوا بالعلم بالقوة القريبة وان كان مجهولا بالفعل حال العقد واخرجوا بالقوة القريبة ما اذا كانا جاهلين بالحساب حال العقد اواحدهما ثم ذهبا فتعلماه فان بعضهم قال لايصح كما هو قضية الكتاب في البيع وذكر في التذكرة ونهاية الاحكام امثلة كثيرة صحح فيها البيع مع كون البيع مجهولا في الحال لان كان معلوماً بالقوة القريبة واستشكل فيه جماعة للاشتراك في الغرر وانتفاء العلم واختلاف الاغراض باختلاف حاصل الحساب ولانه بمنزلة من لقن لفظة لايعلمها وقد سبق للمصنف في الكتاب والتذكرة ونهاية الاحكام انه لوقال بعتك بار بعة الا مايخص واحدا منهما اذا وزع الباقي بعد الاستثناء بطل لثبوت الدور المفضي للجهالة وقال في الكتاب فان علماه بالجبر والمقابلة اوغيرهما صح في اربعة اخماسها بجميع الثمن وقد اوضحنا ذلك وبيناه في باب البيع فقد ابطله مع ان العلم به بالقوة القريبة تحقق وعن الشهيد انه استشكل في صحة العقد فيما نحن فيه لما ذكرناه من الغرر وانتفاء العلم في الحال لكنه صحح في الدروس ما اذا قال الا ما يخص واحدا في المثال المذكور من غير فرق بين التوزيع بعد الاستثناء وقبله ويمكن ان يقال ان هذا العقد لكونه جائزاً يحمل من الجهالة ما لا يحمله اللازم ويظهر من جامع المقاصد التأمل في الصحة هنا (وقد يقال) انهم جوزوا من غير اشكال ان يبيع مال شخصين صفقة وان لم يعلم في الحال حصة كل منهما من الثمن الا بعد الرجوع الى الحساب واستفراغ الوسع فيه من اولي الالباب وان يبيع من اثنين صفقة قطعة ارض على الاختلاف بان ورث من ابيه حصة ومن امه حصة اقل او اكثر وجعل لواحد احد النصيبين وللآخر الباقي (١) فالغرر المجمع على نفيه هو ما بيناه في باب البيع وحاصله ماكان على غير عهدة ولا ثقة من معرفته وقدرته على تسليمه ومنه تلقين اللفظة فتأمل ﴿ قوله ﴾ ﴿ ولو قال لك ثلث الربح وربع ما بقي فله النصف ﴾ كما في التذكرة والتحرير وجامع المقاصد لان اقل عدد له ثلث ولما يبقى منه ربع هو ستة فثلثها اثنان وربع الباقي وهو اربعة واحد فاذا انضم الى الاثنين صارا ثلاثة وهي نصف الستة ﴿ قوله ﴾ ﴿ ولو قال لك الربع وربع ما بقي فله ثلاثة اثمان ونصف ثمن ﴾ كما في الكتب الثلاث لانا نفرض الربح ثمانية فربعها اثنان والباقي ستة وربعها واحد ونصف فالمجموع ثلاثة أثمان ونصف ثمن وان شئت قلت الربح اربعة وربعها واحد والباقي ثلاثة ولا ربع لها فتنكسر في مخرج الربع وهو اربعة فنضرب بها في اصل الفريضة وهي اربعة ايضاً فالمرتفع ستة عشر ربعها أربعة والباقي اثنا عشر وربعها ثلاثة وهي مع الاربعة سبعة والسبعة في الحقيقة ثلاثة اثمان ونصف ثمن لان الاثنين عبارة عن ثمن والواحد عبارة عن نصف ثمن ﴿ قوله ﴾ ﴿ سواء عرفا الحساب أو جهلاه لانه اجزاء معلومة ﴾ قد تقدم الكلام فيه ﴿ قوله ﴾ ﴿ الرابع ان يكون مقدرا بالجزئية لا

(١) الذي كان في النسخة . وجعل لكل واحد النصيبين والآخر الباقي . فغيرناها الى ما ترى (مصححه)

مقدرا بالجزئية لا بالتقدير كالنصف أو الثلث فلو قال على ان لك من الربح مائة والباقي لي أو بالعكس أو على ان لك ربح هذه الالف ولي ربح الاخرى او لك نصف الربح الا عشرة دراهم او وعشرة أو على ان لي ربح احد الثوبين أو احدى السفرتين أو ربح تجارة شهر كذا بطل وكذا لو قال على ان لك مائة والباقي بيننا ويصح لو قال على ان لك ربح نصفه أو نصف ربحه (متن)

بالتقدير كالنصف والثلث ﴾ كما صرح به جماعة واقتضاه كلام آخرين كما ستسمع والمراد بالجزئية الجزئية المعلومة كالنصف لا المجهولة كالجزء والحظ والنصيب والتقدير مثل لك من الربح مائة ونحو ذلك ﴿ قوله ﴾ ﴿ فلو قال على ان لك من الربح مائة او بالعكس ﴾ أي بطل كما في المبسوط والمهذب والتحرير وجامع المقاصد والمفاتيح في صورة الاصل وهو قضية كلام الباقين فيه وفي العكس لأنه خلاف وضع القراض لأنه ربما لا يربح الا ذلك القدر فيختص به احدهما وهو خلاف مقتضى العقد ﴿ قوله ﴾ ﴿ أو على ان لك ربح هذه الالف ولي ربح الاخرى ﴾ أي بطل كما في المبسوط والمهذب والسرائر والتحرير والتنقيح والتذكرة لكنه فرض المسئلة في الاخير في ما اذا قال على ان يكون لك ربح الف ولي ربح الاخرى قال فان كانا متميزين أو شرطا تمييزها لم يصح القراض وان كانا ممتزجين فالاقرب الصحة وفرضت في المبسوط وما ذكر بعده كما في الكتاب باداة الاشارة وقالوا أو اذا خلط الالفين وقال لي ربح الف ولك ربح الف صح لان الالف الذي شرط ربحها ليست متميزة وانما كانت تبطل لو كانت متميزة والظاهر انه لا فرق بين الصورتين في البطلان اذا كانتا متميزتين والصحة اذا كانتا ممتزجتين وان الحكمين واضحان لأنه عند الامتزاج يرتفع التشخيص كما سمعته فما (فيما خل) صورة فلم نتجه عليهم ما قاله في جامع المقاصد من ان هذا الحكم على ما فرضه المصنف واضح لا اشكال فيه لأنه خلاف وضع القراض لان كلا منهما مال قراض والاشتراك في ربحه ولأنه ربما اختص أحد الالفين بالربح فيختص احدهما أما اذا قال لك ربح الف ولي ربح الف فان كانا ممتزجين أو قصدا المزج فانه يصح لان معناه تنصيف الربح وان اشترطا تمييزهما فالبطلان وكذا لو اراداه بعقد الشرط انتهى اذ الحكم على التقديرين واضح فتأمل وقد جزم في الخلاف بالجواز في فرض التذكرة ويمكن حمله على ما اذا كانا ممتزجين ولعلهم لذلك أهملوا ذكر خلافه وفيما عندنا من نسخة سقط في المسئلة قطعا ﴿ قوله ﴾ ﴿ او لك نصف الربح الا عشرة دراهم او وعشرة ﴾ كما صرح بالبطلان في الاول في التذكرة والتحرير وفيه وفي الثاني في جامع المقاصد لعدم الوثوق بحصول ذلك القدر المعين سواء كان مستثنى او مضموناً ﴿ قوله ﴾ ﴿ أو على ان لي ربح أحد الثوبين أو ربح احدى السفرتين او ربح تجارة شهر كذا بطل ﴾ كما صرح به في التذكرة وبالاخيرين في التحرير والوجه في الجميع عدم التعيين وعدم الوثوق في حصول الربح فيما عين ﴿ قوله ﴾ ﴿ وكذا لو قال على ان لك مائة والباقي بيننا ﴾ أي يبطل كما في التذكرة والتحرير وجامع المقاصد لعدم الوثوق بحصول المعين ﴿ قوله ﴾ ﴿ و يصح لو قال ان لك ربح نصفه أو نصف ربحه ﴾ اما الصحة في الصورة الثانية فلا خلاف فيها كما في الخلاف والمبسوط واما في الاولى فهو المشهور كما في المسالك وبها صرح في المبسوط وجامع الشرائع والشرائع

﴿ الفصل الثاني في الاحكام ﴾ ومطالبه اربعة (الاول) العامل كالوكيل في تنفيذ تصرفه بالغبطة فليس له التصرف بالغبن ولا بالنسيئة بيعا ولا شراء الا مع عموم الاذن كافعل ما شئت او خصوصه (متن)

والتذكرة والتحرير والحواشي والتنقيح وكذا المختلف وجامع المقاصد واختار في الخلاف أولا عدم الصحة (ثم قال) ولو قلنا بقول أبي ثور كان قويا لانه لا فرق بين اللفظين انتهى فكان متردداً والبطلان خيرة الشافعي وأصحابه لامكان ان لا يربح الا نصف المال فيختص به العامل وربما ربح أكثر من النصف فلا تكون الحصة معلومة ورده الشهيد في حواشيه بان الاشارة ليست الى نصف معين بل الى مبهم فاذا ربح أحد النصفين فذلك الذي ربح هو المال والذي لم يربح لا اعتداد به وفي (جامع المقاصد) ان هذا حق ان لم يرد بربح نصفه ربح مجموع النصف أي نصف كان أما اذا اريد هذا فحقه أن يبطل للمحذور السابق (قلت) اذا كان النصف الرابح المفروض انه المال مشاعا وأن الذي لم يربح لا اعتداد به كان كل جزء منه له ربح نصفه فلا محذور فتأمل ثم انه لا يجدي فيما اذا ربح اكثر من النصف لانا اذا فرضنا رأس المال مائة دينار وربح منه خمسة وعشرون عشرة وربحت خمسة وعشرون خمسة وربحت خمسة وعشرون عشرين ولم يربح الخمسة والعشرون الباقية فليلحظ وليتأمل فيه فانه مما دق والحق ان المراد بهذه الكلمة خلاف ما قالاه لانه من المعلوم انه لو ربح عشر المال فضلا عن نصفه فان الربح عرفا انما ينسب الى المال فيقال ربحت المائة اذا كانت رأس مال عشرة مثلا فيكون نصفها ربح خمسة وعشرها ربح واحداً وان كان الربح انما حصل منه فمعنى ربح نصفها نصف ربحها ولهذا استند الجماعة الى انه لا فرق بين اللفظين وهو واضح لمن تأمل وفي (التنقيح) انه ان لم يعين النصف فصحيحة وان عينه فذاك المعين له ربحه ويكون قرضا والآخر بضاعة (وفيه) ان المفروض انه قال له قارضتك على هذه الالف على أن يكون لك ربح نصفها وقد تقدم عن الجماعة بطلان مثله وفي (ايضاح النافع) أنه اذا قال ضاربتك على أن لك نصف ربحها وعليك ضمانها كان عقداً فاسداً ولعله لاشتراطه الضمان ﴿ قوله ﴾ ﴿ الفصل الثاني في الاحكام ومطالبه أربعة الاول العامل كالوكيل في تنفيذ تصرفه بالغبطة ﴾ كما في التذكرة وجامع المقاصد والمسالك وبه أفصحت كلماتهم في مطاوي عباراتهم لان المضاربة في الحقيقة نوع وكالة ولكنهما يفترقان في أمور لان تصرف العامل دائر مع الربح فله ان يشتري المعيب مع حصول الغرض به وليس للوكيل ذلك اذ لعل مراد الموكل القنية والعيب لا يناسبها وله ان يبيع بالعرض كذلك وبغير نقد البلد مع الغبطة على الاصح ولا يسوغان للوكيل وللوكيل ان يشتري نسيئه وليس للعامل ذلك كما يأتي بيان ذلك كله فليس المراد المساواة بينهما في ذلك مطلقا ﴿ قوله ﴾ ﴿ فليس له التصرف بالغبن ولا بالنسيئة بيعا ولا شراء الا مع عموم الاذن كافعل ما شئت أو مع خصوصه ﴾ اما انه ليس له التصرف بالغبن بيعا ولا شراء فقد صرح به في الوسيلة والتذكرة واللمعة والتحرير والكتاب فيما يأتي وجامع المقاصد والروضة وغيرها وربما اقتصر فيه على البيع خاصة او الشراء خاصة لعدم القول بالفصل مع اتحاد الطريق لان كان المناط متحدا الخلاف فيما حكي عنه والمبسوط والجامع والشرائع والارشاد والتبصرة والمسالك ومجمع البرهان اذ قد قيل في بعضها وليبع نقداً بثمن المثل أو ليشتر كذلك اذ ثمن المثل غير الغبن الذي لا يتغابن به الناس غالبا ولم يتعرض للغبن في المقنعة والنهاية والمهذب والغنية والسرائر

والنافع بتصريح ولا ظهور ولا تلويح وستسمع كلامهم في الاطلاق وبما ذكر فيه أنه لا يجوز له التصرف بالنسيئة تصريحا او بما يدل عليه بقوله فليبع نقدا بنقد البلد أو ليشتر كذلك المقنعة والمبسوط والجامع والوسيلة والغنية والسرائر والشرائع والتذكرة والتحرير والارشاد والتبصرة والمعتمد وجامع المقاصد والمسالك والروضة ومجمع البرهان بل قد يظهر من التذكرة الاجماع على ذلك ولم يظهر من النهاية في النسيئة شيء لان مفاهيمها مختلفة (وليعلم) ان جملة من كتب الاصحاب لم يتعرض فيها الا القليل جداً من أحكام المضاربة كالمراسم والكافي وفقه القرآن وبما قيل فيه الاطلاق يقتضي البيع نقداً بثمن المثل المبسوط والوسيلة والشرائع والتذكرة والكتاب فيما يأتي والارشاد والتبصرة والروض والمسالك ومجمع البرهان (وقال في الكفاية) قالوا ان الاطلاق يقتضي الاذن في البيع نقداً لا نسيئة بثمن المثل وبناءه على الحمل على المتعارف وظاهره ان القائل بذلك جميع الاصحاب مع أنه قال في النافع انه لو اطلق تصرف في الاستنماء كيف شاء وقيده صاحب ايضاحه والفاضل المقداد كالمختلف بمراعاة المصلحة (قال في المختلف) يجوز بثمن المثل وبدونه بنقد البلد وبغيره حالا ومؤجلا ثم هو منوط بالمصلحة وكأنه قضية كلام المهذب حيث لم يشر الى شيء من ذلك وفي (اللمعة) ولو أطلق تصرف بالاسترباح لكنه قال بعد ذلك وليشتر نقداً بنقد البلد بثمن المثل فما دون وليبع كذلك بثمن المثل فما فوقه فيكون مراده بالاطلاق غير ما في النافع والمختلف وهو أنه يتولى ما يتولاه المالك من عرض القماش ونحوه كما تقدم (وكيف كان) فقد استندوا في عدم البيع بالنسيئة الى التغرير بمال المالك وفي عدم الشراء بها الى احتمال الضرر بتلف رأس المال فتبقى عهدة الثمن متعلقة بالمالك وقد لا يقدر عليه أولا يكون له غرض في غير مادفع واستندوا الى المتعارف المعهود الذي فيه الغبطة للمالك وتحصيل الارباح في عدم البيع والشراء بغير نقد البلد وفي عدم البيع بدون ثمن المثل فما فوقه وفي عدم الشراء الا بثمن المثل فما دونه وقد تأمل جماعة من متأخري المتأخرين في ذلك كله لان المصلحة قد تقتضي غير ذلك فان البيع بغير ثمن المثل أو الشراء كذلك قد يكون وسيلة الى رغبة المشتري في شراء ماله الباقي بزيادة كما يعتاده التجار في بعض الاحيان (وفيه) ان هذا نادر فلا يتناوله الاطلاق وقالوا قد تكون المعاملة بالنسيئة شائعة حتى يكون النقد نادرا فالاطلاق يشمله بل لولم تشع المعاملة بالنسيئة لكنه احتاط بأخذ رهن أو شراء شيء من مال المشتري بثمن لاينقص عن ثمن المبيع مؤجلا الى أجله جاء احتمال الجواز فجوزت المضاربة أو ميل الى جوازها مع الغبطة مطلقا أو تردد فيه في النافع وشرحه والمختلف كما سمعت والكتاب فيما يأتي وجامع المقاصد والمسالك والروضة ومجمع البرهان والكفاية والمفاتيح وقد سمعت ماحكيناه عن المقنعة والنهاية والمهذب والغنية والسرائر وقد جوز في جامع المقاصد البيع بغير نقد البلد واليه مال في التذكرة وجوز فيها وفي الكتاب فيما يأتي والايضاح وجامع المقاصد وغيرها البيع بالعروض وقد نص على ذلك في التذكرة في ثلاثة مواضع في ورقة واحدة وقال في تلك الورقة اذا أطلق ان يبيعه بنقد البلد بثمن المثل فان خالف ضمن وقال أيضا لو باع بغير نقد البلد مع الاطلاق لم يصح ولعل هذين الموضعين ينافيان المواضع الثلاثة وقد تقدم لنا الفرق بين الشراء نسيئة وبين تولي مايتولاه المالك حيث جعلوا الثاني من مقتضيات العقد دون الاول بأن الشراء نسيئة والبيع به ليس من مقتضيات اطلاق العقد بمجرده دون تولي مايتولاه المالك لعدم الاطمئنان بقضائه في الاول أعني الشراء والتغرير في الثاني أعني البيع كما تقدم آنفا أو ان ذلك لاختلاف العرف وعدم استقراره فلو

فان فعل لامعه وقف على الاجازة والاقرب أنه يضمن القيمة لانه لم يفت بالبيع أكثر منها ولا ينحفظ بتركه سواها وزيادة الثمن حصلت بتفريطه فلا يضمنها (متن)

استقر العرف واستمرت العادة على ذلك فلا كلام في ذلك وهو أمر آخر فليلحظ وليتدبر (وبقي هنا شيء آخر) وهو انه كيف كان الشراء نسيئة في الوكيل غبطه دون العامل (وجوابه) ان تسليم المال ليس من لوازم الوكالة في الشراء وهذا كله انما هو مع اطلاق الاذن الذي تضمنه عقد القراض اما لو عمم له الاذن كما لو قال اعمل كيف شئت أو برأيك فان له ان يعمل ذلك وكل ماتناوله العموم عند المصنف وفي ظاهر الكتاب والتذكرة والتحرير والمختلف وقد سمعت كلامه فيه في المقاصد في التنقيح والقطيفي في ايضاح النافع والمحقق الثاني في جامع المقاصد (وقال في المبسوط والخلاف) على ماحكي عنه انه لو قال رب المال تصرف كيف شئت لم يكن له ان يشتري الا بنقد البلد بثمن المثل وهو قول الشافعي وقال في (المسالك والروضة) انه يجوز له التصرف بالعرض قطعا اما النقد وثمن المثل فلا يخالفهما الامع التصريح نعم يستثنى من ثمن المثل نقصان يتسامح به عادة انتهى وقد يظهر ذلك من الكتاب فيما يأتي ويأتي لجامع المقاصد انه لايكاد ان يكون بين البيع بالعرض و بغير نقد البلد فرق وهو كذلك وأما اذا خص الاذن بشيء من ذلك جاز قولا واحدا كما في الكفاية قلت الا ان يكون منافيا للاسترباح كما في التنقيح أو يكون سفها ﴿ قوله ﴾ (فان فعل لامعه وقف على الاجازة) أي ان فعل العامل شيئا مما ذكر من التصرف بالغبن أو بالنسيئة لا مع الاذن وقف على الاجازة ولا يقع باطلا عند القائلين بجواز عقد الفضولي فان أجازه المالك نفذ والا بطل وحكى في التذكرة عن بعض علمائنا وعن أحمد في احد الروايتين ان البيع صحيح فيما اذا باع بدون ثمن المثل وان لم يجزه المالك وان العامل يضمن النقص وان ضرر المالك ينجبر بضمان النقص وقال فيما انه اذا أطلق ليس له ان يبيع نسيئة وانه ان خالف ضمن وحكاه عن مالك وابن أبي ليلى والشافعي وأحمد في احدى الروايتين وحكى عنه في الرواية الاخرى وعن أبي حنيفة انه يجوز له البيع نسيئة فليحفظ هذا فانه ينفع في دفع ماتوهمه ولده والمحقق الثاني من كلامه في التذكرة فيما يأتي لكن هذا البعض من علمائنا لم نجده والشيخ في المبسوط صرح فيما نحن فيه بالبطلان ولم يقل انه يقف على الاجازة كما هو المعلوم من مذهبه في بيع الفضولي ﴿ قوله ﴾ (والاقرب انه يضمن القيمة لانه لم يفت بالبيع اكثر منها ولا ينحفظ بتركه سواها وزيادة الثمن حصلت بتفريطه فلا يضمنها) قال في جامع المقاصد هذه المسئلة لم يذكر المصنف موضوعها هل هو تلف العين أو تلف الثمن بعد الاجازة أو قبلها ولا يخفى انه بعد التأمل الصادق لايستقيم ماذكره على كل واحد من التقديرات اما اذا قدرنا تلف العين فلان التلف اما ان يكون قبل قبض المشتري أو بعده والاول غير مراد لانه لاضمان فيه مع عدم التفريط لان مجرد العقد الفضولي لايقتضي الضمان والثاني اما ان يكون التلف مع الاجازة أو بدونها فمع الاجازة يصح البيع ويدخل الثمن في ملك المالك ويخرج العين عن ملكه فيكون تلفها من المشتري فكيف يضمن العامل قيمتها ولا حق للمالك فيها ولا فرق بين وقوع الاجازة قبل التلف أو بعده ان قلنا ان الاجازة كاشفة بخلاف ما اذا قلنا أنها جزء بسبب فان البيع يبطل حينئذ فيكون الحكم كما في عدم الاجازة ولا مع الاجازة يبطل البيع وينحصر حق المالك في العين فكيف يجيء احتمال ضمان الزيادة التي اشتمل عليها

ثمن وان قدرنا تلف الثمن مع الاجازة فلا بحث في انه غير مضمون وبدونها لايحسب في ضمان قيمة العين فلا يتجه ماذكره في حال والمقدمات التي ذكرها في استدلاله مدخوله اما قوله لأنه لم يفت بالبيع اكثر منها فلا ملازمة بينه وبين المدعى لان المطلوب ضمانه هو ماحصل بالبيع الصحيح على تقدير الاجازة فانه قد صار حقا ملكا للمالك فلا يضمن سواه وقريب منه قوله ولا ينحفظ بتركه سواها فانه لا أثر لفرض ترك البيع بعد صدوره والحكم بصحته وقوله وزيادة الثمن حصلت بتفريطه أبعد من الجميع فانه بعد دخولها في الملك لا التفات الى السبب الذي اقتضى تملكها من تفريطه وغيره وقد سبق في التصب مايوافق ذلك والتحقيق ماذكرنا ثم انه قال والذي ذكره المصنف في التذكرة وأرشد اليه تعليله ان موضوع المسئلة ما اذا تلفت العين أو تعذر ردها وتعذر حصول الثمن وأجاز المالك البيع بناء على عدم بطلانه واختار انه يضمن الثمن معللا بأنه ثبت بالبيع الصحيح وملكه صاحب السلعة وقد تلف بتفريط البائع قال وهذه القيود التي ذكرناها وان لم يصرح بجميعها في كلامه الا ان تعليله دال عليها لان قوله وملكه صاحب السلعة يدل على الاجازة لامتناع حصول الملك مع عدمها وقوله وقد فات بتفريطه يدل على تعذر حصوله واما تلف العين أو تعذر حصولها فذكره في أول كلامه وقال وقال في التذكرة أيضا ولو نقص الثمن عن القيمة لم يلزمه أكثر منه لان الوجوب انتقل اليه بدليل انه لوحصل الثمن لم يضمن شيئا قال وهو صحيح وشاهد على ماذكرناه ايضا ثم قال وما أتى به في التذكرة وان كان صحيحا الا ان مقابل الاقرب في كلامه غير محتمل أصلا انتهى كلامه في المسئلة برمته وقد توهم وهما شديدا فيما حققه وحرره وفيما فهمه من عبارة التذكرة وقد سبقه الى الوهم الثاني فخر الاسلام في الايضاح وذلك لان موضوع المسئلة في الكتاب كما أشار اليه في التذكرة والتحرير هو مااذا لم يجز المالك وقد تلفت العين بعد قبض المشتري لها ولما كان قد توهم أو يقال انه لما باعها نسيئة بثمن أزيد من قيمتها وقد تلفت بعد قبضها انه يحتمل انه يضمن زيادة الثمن المؤجل حالا لوقوع البيع بها مضافا الى انه قد ذهب جماعة من العامة الى انه يجوز له البيع نسيئة أجاب بأن هذه الزيادة غير مستحقة لانها حصلت بتفريطه بالبيع الفاسد فلا تكون مضمونة لان هذا (فهنا خ ل) البيع وجوده وعدمه على السواء لمكان فساده فلم يفت بوجوده اكثر من القيمة لانه لامقتضي في الزيادة ولم ينحفظ بعدمه سواها وبضمان القيمة في ذلك صرح في المسالك والكفاية قالا في صورة النسيئة ان لم يجز المالك وجب الاسترداد مع امكانه ولو تعذر ضمن قيمة المبيع أو مثله لا الثمن المؤجل وان كان أزيد ولا التفاوت في صورة النقيصة انتهى وهو معنى مافي التذكرة والتحرير فقد علم الموضوع واستقام الكلام وكانت الادلة مقبولة غير مدخولة وقد اختار في الايضاح خيرة الكتاب لكنه لم يتضح منه موضوع المسئلة لمكان ماتوهمه على التذكرة واستوضح ذلك فيما اذا باع العامل ومات المالك قبل ان يبطل البيع أو يجيزه فانه قد يقوى احتمال غير الاقرب وأوضح منه مااذا بلغه الخبر ووقع منه أحد الامرين ثم اشتبه الحال ومات فان الاقرب في الصور الثلاث انه يضمن القيمة لما ذكر واعلم انه قال في التذكرة قبل ماحكاه عنها صاحب جامع المقاصد انه لو خالف ولم يجز المالك بطل البيع وضمن وحكاه عن الشافعي ومالك وابن أبي ليلى وعن أحمد في أحدى الروايتين وحكى عن أبي حنيفة وأحمد في رواية أخرى ان البيع صحيح لانه لايجوز له البيع نسيئة وان أطلق كما تقدم ذكر ذلك ثم قال كل موضع قلنا يلزم العامل الضمان اما لمخالفة في البيع بالنسيئة من غير اذن أو بالتفريط بأن يبيع على غير الموثوق به أو على

وليس له ان يبيع بدون ثمن المثل ولا يشتري باكثر منه مما لا يتغابن الناس به فان خالف احتمل بطلان البيع وضمان النقص وعلى البطلان لو تعذر الرد ضمن النقص ولو امكن الرد وجب

من لا يعرفه لان الضمان عليه فان قلنا بفساد البيع وجب عليه قيمته ان لم يكن مثليا أو كان وتعذر اذا لم يتمكن من استرجاعه اما لتلف المبيع أو لامتناع المشتري من رده اليه وان قلنا بصحة البيع يحتمل ان يضمنه بقيمته ايضا لم يفت بالبيع ا كثر منها ولا يتحفظ بتركه سواها وزيادة الثمن حصلت بتفريطه فلا يضمنها والاقرب انه يضمن الثمن لانه تلف بالبيع الصحيح وملكه صاحب السلعة وقد فات بتفريط البائع ولو نقص الثمن عن القيمة الى آخر ماتقدم هذا كلامه بتمامه فقوله فان قلنا بفساد البيع تفريع على ما تقدم له من نقل القولين فكانه قال فان قلنا بفساد البيع كما هو قول الشافعي ومالك وبن أبي ليلى واحمد في احدى الروايتين وجب عليه قيمته الى آخره وكذا قوله وان قلنا بصحة البيع معناه وان قلنا بصحة البيع وان لم يجز المالك كما يقوله ابو حنيفة واحمد في الرواية الاخرى يحتمل ان يضمنه والاقرب على هذا القول انه يضمن الثمن لانه تلف بالبيع الصحيح عند القائلين بهذا القول كما هو ظاهر واضح فلا ريب أن مافهمه من التذكرة في الايضاح وجامع المقاصد وهم فاسد ويرد على التذكرة ان احتمال ضمانه بقيمته على تقدير صحة البيع بعيد جداً ويرد عليه ماأورده في جامع المقاصد على عبارة الكتاب وهو الذي حمله على حمل عبارة الكتاب على ماعرفت وأورد عليها ماسمعت الا أن تقول ان البيع وان كان صحيحا لكنه لما لم يرض به المالك لم يكن له الا القيمة لما ذكر فتأمل وتدبر ﴿ قوله ﴾ ﴿ وليس له ان يبيع بدون ثمن المثل ولا يشتري باكثر منه مما لا يتغابن الناس به ﴾ لانه تصرف غير مأذون فيه مع اطلاق الاذن كما قد تقدم الكلام فيه ولعله اعاده ليرتب عليه ما بعده ﴿ قوله ﴾ ﴿ فان خالف احتمل بطلان البيع وضمان النقص ﴾ قد ذكر هذان الاحتمالان فى التذكرة والايضاح وجامع المقاصد واختير فيها كلها والتحرير الاول ان لم يجز المالك وكذا المبسوط وهو قضية كلام الشرائع وغيرها قال في (التذكرة) فلو اشترى با كثر من ثمن المثل أو باع بدونه بطل ان لم يجز المالك وبه قال الشافعي واحمد في احدى الروايتين وعن احمد رواية اخرى ان البيع صحيح ويضمن العامل النقص وهو قول بعض علمائنا والمعتمد الاول انتهى فالمراد بضمان النقص عدم بطلان البيع لان العامل مأذون في التصرف مطلقا لان المفروض انه اطلق له الاذن والمنع انما كان لضرر النقص وهو يندفع بضمان النقص فيصح العقد بالاذن السابق ويكون ايقاعه التزاما للنقص وهو ضعيف جداً كما في جامع المقاصد قال ولضعفه حمل السيد عميد الدين العبارة على أن البطلان وضمان النقص حكمان لشيئين وليسا احتمالين لشيء فالبطلان مع عدم الاجازة يجب معه استرداد العين وضمان النقص على تقدير التعذر وليس بشيء لان ضمان النقص وقع مقابلا للبطلان في العبارة فوجب ان ينتفي البطلان معه وايضا فان استردادالسلعة لم يجر له ذكر في العبارة ومع ذلك فيكون قوله بعد وعلى البطلان ولو تعذر الرد مستدركا (وكيف كان) فوجه البطلان ان لم يجز المالك ظاهر ويجب تقييد العبارة به لانه حينئذ تصرف لم يؤذن فيه من قبل ولا من بعد فيقع باطلا ولا كذلك اذا اجاز لانه لا ينقص حينئذ عن تصرف الاجنبي ويأتي الكلام فيما اذا اشترى باكثر من ثمن المثل ﴿ قوله ﴾ ﴿ وعلى البطلان لو تعذر الرد ضمن النقص ولو امكن الرد وجب رده ان كان باقيا ورد قيمته ان كان تالفا ﴾ حاصل الحكم في المسئلة على القول بالبطلان انه يجب الرد

رده ان كان باقيا ورد قيمته ان كان تالفا وللمالك الزام من شاء فان رجع على المشتري بالقيمة رجع المشتري على العامل بالثمن وان رجع على العامل بالقيمة رجع العامل بالزائد من قيمته على المشتري ولو ظهر ربح فللمالك المطالبة بحصته دون العامل ولو اشترى باكثر من ثمن المثل بعين المال فهو كالبيع

فان تلفت العين أو تعذر ردها وجب المثل ان كانت مثلية وان لم تكن مثلية أو كانت ولكن تعذر المثل وجبت القيمة كما افصحت بذلك كله عبارة التذكرة وجامع المقاصد والوجه في ذلك كله ظاهر واضح فان كان الثمن من جنس القيمة ضمن معه النقص في الصورتين لان كان محصلا للقيمة فضمان النقص مع الثمن لا يختص بصورة تعذر الرد كما توهمه العبارة بل لا فرق بين التلف وتعذر الرد فى ضمان النقص مع الثمن ان كان محصلا للقيمة فيهما والا تعين ضمان القيمة فيهما وفي (الايضاح) أنه يضمن النقص وللمالك مطالبته به أو بقيمته وكيف كان فالعبارة خالية عن ذكر المثلي غير خالية عن الايهام مع طول خال عن الفائدة ﴿ قوله ﴾ ﴿ وللمالك الزام من شاء ﴾ كما في المبسوط والتذكرة والتحرير وجامع المقاصد وغيرها لان كلا منهما عاد غاصب من القيمة كما هو واضح وقضية اطلاقهم انه لا فرق في المشتري بين كونه عالما أو جاهلا وان لا فرق في العين بين أن تكون تالفة فيلزمه بالقيمة أو باقية فيلزمه بردها ﴿ قوله ﴾ ﴿ فان رجع على المشتري بالقيمة رجع المشتري على العامل بالثمن ﴾ كما في التذكرة وجامع المقاصد وهذا لا يخالف ما في المبسوط والتحرير من أنه ان رجع على المشتري رجع بالقيمة ولا يرجع على العامل لان حكم المسئلة انه ان رجع على المشتري فانما يرجع عليه بالقيمة فالمشتري فاما ان يكون قد دفع الثمن الى العامل أولا والثمن اما ان يوافق القيمة أو يزيد عليها أو ينقص عنها فان لم يكن دفع الثمن وكان مساويا للقيمة فلا رجوع للمشتري على العامل بشيء أصلا وهو معنى ما في المبسوط والتحرير وان كان قد دفع الثمن رجع به مطلقا اذا كان جاهلا كما هو ظاهر وهو معنى ما في الكتاب وما وافقه وأما اذا كان عالما وقد اتلفه فلا رجوع له به وكذا اذا كان باقيا على الاصح كما تقدم بيانه في باب البيع ولم يتعرضوا هنا لما اذا كانت القيمة أزيد من الثمن وحكمها أنه يرجع بالزيادة مع جهله على الاصح كما سبق فى باب الغصب والبيع أيضا وقد يظهر من الكتاب هنا وما وافقه انه لا يرجع بها ﴿ قوله ﴾ ﴿ وان رجع على العامل بالقيمة رجع العامل بالزائد من قيمته على المشتري ﴾ هذا اذا كان المشتري عالما بالحال لاستقرار التلف في يده واما اذا كان جاهلا فانه لا يلزمه الا ما بذله ثمنا في مقابلة العين فلم يتلف عليه سواه لأنه مغرور لم يدخل الا على ذلك وقد استشكل المصنف في رجوع المشتري الجاهل على الغاصب بالزيادة لو اغترمها ومنه يعلم حال ما في المبسوط والتذكرة من انه اذا رجع على العامل رجع العامل على المشتري وزاد في التذكرة بالقيمة وقال انه يرد ما اخذه ثمنا (وقال في التحرير) انه ان رجع على العامل فالوجه رجوعه بجميع القيمة لا بالتفاوت بين ثمن المثل محذوفا عنه ما يتغابن الناس به وبين المسمى وهو تنبيه حسن ولم يذكر ماذا يرجع على المشتري العامل والجاهل ﴿ قوله ﴾ ﴿ ولو ظهر ربح فللمالك المطالبة بحصته دون العامل ﴾ أي لو ظهر ربح في العين التي باعها بدون ثمن المثل ولم يجز المالك فانه يستحق المطالبة بالثمن وبحصته من الربح الزائد على أصل الثمن دون العامل لانه بذل حقه مجانا وقد يقال انه اذا كان المفروض تلف العين دخل الربح في القيمة فليتأمل ﴿ قوله ﴾ ﴿ فان اشترى باكثر من ثمن المثل بعين مال المالك فهو كالبيع ﴾ كما في التذكرة والتحرير وجامع المقاصد ومعنى العبارة كما

وان اشترى في الذمة لزم العامل ان اطلق الشراء ولم يجز المالك وان ذكر المالك بطل مع عدم الاجازة وليس له ان يبيع الا نقدا بنقد البلد (بثمن المثل خ) والاقرب ان له ان يبيع بالعرض مع الغبطة وليس له المزارعة (متن)

هو صريح الكتب الثلاثة انه يقف على الاجازة فان لم يجز بطل ويحتمل الصحة وضمان التفاوت كما دل عليه كلام الكتاب السابق واقتضته عبارة التذكرة لان قوله في الكتاب فان خالف يشمل البيع والشراء وقوله احتمل بطلان البيع شامل للمطلوب لان بطلان البيع يقتضي بطلان الشراء لان البيع والشراء يتضمنهما عقد واحد فليتأمل جيدا لانه يمنع من ارادة ذلك لفظ النص والتفريع وغير ذلك ولم يتعرض لذلك في غير ماذكر وانما تعرض في المبسوط وغيره لما اذا اشترى في الذمة كما ستسمع ﴿ قوله ﴾ ﴿ وان اشترى في الذمة لزم العامل ان اطلق الشراء ولم يجز المالك ﴾ قد تقدم لنا الكلام في هذا وما بعده والمراد باطلاق الشراء عدم ذكر المالك لان البيع ظاهرا يقع وبه صرح الشيخ وجماعة كما ستسمع ويفهم من قوله ولم يجز المالك انه ان اجاز المالك صح (١) وهو كذلك لان العقود بالقصود وبه صرح في جامع المقاصد وكذا المسالك ومجمع البرهان وهو خلاف مايفهم من الشرائع والتحرير قال في الاخير وان كان في الذمة وقع الشراء له ان لم يسم المالك والاوقف على الاجازة انتهى فتأمل وابلغ من ذلك في المخالفة لما هنا قوله فيما يأتي في الكتاب فان اشترى في الذمة من دون اذن وقع له ان يذكر المالك والا بطل اذ مفهوم كلامه أولا أن الشراء له وان نوى المالك اذا لم يذكره وقضية قوله والا بطل أنه يبطل ان ذكر المالك في الشراء وان اجاز ان تقول ان مراده اذا لم يجز وانما تركه لوضوحه وسبق ذكره هنا وقال فيما يأتي ايضا وان اشترى في ذمته صح ان لم يذكر المالك والاوقف على الاجازة وينبغي بناء على ماهنا أنه اذا نوى المالك ولم يذكره واجاز أنه يصح فيقوم حينئذ احتمال كون الربح للمالك اذا كان قد نقد مال القراض ثمنا لانه حينئذ كالناصب واقتصر في المبسوط لما لم يقل فيه بصحة الفضولي على انه ان لم يذكر العامل تعلق العقد به وكان المبيع له وتعلق الثمن بذمته وان ذكره ففيه وجهان الصحة والبطلان ثم قال والثاني أولى ﴿ قوله ﴾ ﴿ وان ذكر المالك بطل مع عدم الاجازة ﴾ لانه عقد فضولي يبطل مع عدم الاجازة كما هو ظاهر وبه صرح جماعة لكنه قال في الشرائع ولو اشترى في الذمة لايصح الا مع اذن المالك وظاهره بقرينة ما بعده انه سمى المالك فان أراد باذن المالك اجازته كان مما نحن فيه وكان قوله لايصح على حقيقته وان أراد بالاذن معناه الحقيقي كان المراد بقوله الاصح أنه لايلزم وينبغي تنزيل كلام المصنف في هاتين المسئلتين على ما اذا كان شراؤه في الذمة بازيد من ثمن المثل ليفرق بينه وبين ماسيأتي كما سمعته آنفا مع موافقة السياق بحمله على بيان حكم الشراء في الذمة مطلقا لكنا نحن سقنا هنا كلام من حكينا عنه من الاصحاب على اطلاقه لعدم الفرق اصلا قطعا ﴿ قوله ﴾ ﴿ وليس له ان يبيع الا نقدا بنقد البلد بثمن المثل والاقرب ان له ان يبيع بالعرض مع الغبطة ﴾ قد تقدم الكلام في ذلك كله في أول الفصل مسبغا مشبعا وقد سكت المصنف عن البيع بغير نقد البلد كما تعرض العرض ولا يكاد يكون بينهما فرق كما في جامع المقاصد ﴿ قوله ﴾ ﴿ وليس له المزارعة ﴾ كما في التذكرة وجامع المقاصد لان موضع المضاربة على الاسترباح بالتجارة وليس من المزارعة ولم يحك اطلاق

---

(١) لان قضية المضاربة الشراء للمالك (منه قدس سره)

ولا يشتري الا بعين المال فان اشترى في الذمة من دون اذن وقع له ان لم يذكر المالك والا بطل وليس له ان يشتري باكثر من رأس المال فلو اشترى عبدا بالف هي رأس المال ثم اشترى بعينها آخر بطل الثاني وان اشترى في ذمته صح له اذا لم يذكر المالك والا وقف على الاجازة وله أن يشتري المعيب ويرد بالعيب ويأخذ الارش كل ذلك مع الغبطة (متن)

الاعن أحمد في احدى الروايتين فان زارع المالك وكان البذر منه أي المالك من مال القراض أو غيره والعمل والعوامل من العامل لكنها من مال القراض فلا أجرة للعامل ويضمن المال ولا أجرة للعوامل أيضا ان كانت له والبذر من مال القراض وان كان البذر من مال العامل والعوامل من مال القراض ولم يجز المالك فعليه أجرة الارض والعوامل واصلاحها وارش النقص والنماء له وان زارع غيره وكان البذر والعوامل من مال القراض فالنماء للمالك ولا أجرة للعامل وعليه أجرة الارض وضمان ما يتلف من مال القراض هذا اذا لم يجز المزارعة صاحب مال القراض وان أجاز صحت المزارعة وكان النماء بينه وبين مالك الارض ولاشئ للعامل لأنه كالغاصب هذا على ماتقتضيه قواعد البابين ﴿ قوله ﴾ ﴿ وليس له ان يشتري الا بعين المال فان اشترى في الذمة من دون اذن وقع له ان لم يذكر المالك والا بطل ﴾ قد تقدم الكلام في ذلك كله من جهة منطوقه ومفهومه واعادته ﴿ قوله ﴾ ﴿ وليس له أن يشتري باكثر من رأس المال ﴾ لان الشراء انما هو بالعين فقط لافي الذمة ولان العقد انما تضمن الشراء برأس المال فلا يتسلط على الشراء بما زاد ولان المالك انما رضي من العامل ان يشغل ذمته بما دفع اليه لا بغيره وبذلك صرح في التذكرة وجامع المقاصد وفي (المقنعة والنهاية والسرائر) ما يدل على ذلك وهو قضية كلام الباقين فى عدة مواضع حيث يقولون في التعريف أن يدفع مالا لغيره ليعمل فيه وحيث يشترطون في مال القراض ان يكون عينا وان يكون معينا وان يكون معلوما وقد شرط جماعة ان يكون مسلما فى يد العامل الى غير ذلك وقضية اطلاق الكتب الثلاثة انه لافرق في ذلك بين أن يأذن له في ذلك أولا ولا بين أن يجيز أولا وقد يقال أنه يفهم من كلامهم انه يجوز ذلك حيث يقولون ولو اشترى في الذمة لم يصح الا مع اذن المالك فليتأمل جيدا ﴿ قوله ﴾ ﴿ فلو اشترى عبدا بالف هي رأس المال ثم اشترى بعينها آخر بطل فان اشترى في ذمته صح له اذا لم يذكر المالك والا وقف على الاجازة ﴾ قد تقدم الكلام فى كلام الاخير واما كلام الاول فظاهر قوله هي رأس المال وقوله وان اشترى في ذمته ان شراء الاول كان بعين الالف أيضا كما فرضه فى التذكرة وقال أنه يبطل الثاني لانه اشترى بعين مال غيره لغيره وكذا ان اشترى الاول في الذمة والثاني بعين المال لانه قد اشترى الثاني بعد ان صارت الالف مستحقة للدفع الى البائع الاول وان اشترى الاول بالعين والثاني في الذمة لم يبطل الثاني لكن ينصرف الشراء الى العامل ان لم يسم المالك في العقد أو لم ينوه فاما ان سماه أو نواه فانه يقف على الاجازة لكنه أن دفع الالف في ثمنه واتلفها الثانى بطل العقد الاول لانه قد تلف الثمن المعين قبل القبض وكذا اذا تعذر ردها لانه كالتلف على الظاهر ﴿ قوله ﴾ ﴿ وله ان يشتري المعيب ويرده بالعيب ويأخذ الارش كل ذلك مع الغبطه ﴾ كما في المبسوط وجامع الشرائع والشرائع والتذكرة والتحرير والارشاد وجامع المقاصد والروض والمسالك ومجمع البرهان والكفاية وكذا المفاتيح لان الغرض الذاتي هو الاسترباح وهو يحصل بالصحيح والمعيب ولا يتقيد

ولو اختلفا في الرد والارش قدم جانب النبطة فان انتفت قدم المالك وليس له ان يشتري من ينعتق على المالك الا باذنه فان فعل صح وعتق وبطلت المضاربة في ثمنه فان كان كل المال بطلت المضاربة (متن)

بالصحيح وعلى تقدير شرائه جاهلا يأخذ بما فيه النبطة من الرد والامساك بالارش اذ قد يكون احدهما اغبط بالنسبة الى التجارة ولا كذلك الوكيل فان الاطلاق فيه يحمل على الصحيح لان شراءه ربما كان القنية والعيب لايناسبها غالبا ﴿قوله﴾ ولو اختلفا في الرد والارش قدم جانب النبطة سواء كانت في جانب العامل أم المالك لان للعامل حقا باعتبار ان له حظا من الربح فليس للمالك ابطال حقه من النبطة ولا كذلك الوكيل وبذلك صرح في المبسوط وجامع الشرائع والتذكرة والتحرير وجامع المقاصد ﴿قوله﴾ (فان انتفت قدم المالك) كما في جامع المقاصد لانه اذا انتفت النبطة في كل من الجانبين بالكلية فلا حق للعامل والمالك مسلط على ماله ويتصور صحة البيع حينئذ بأن تكون النبطة عند الشراء ثم تزول ويتصور جواز الرد حينئذ فيما اذا لم يكن عالما بالعيب ثم تجدد علمه كما هو المفروض وفي بعض النسخ فان اتفقت ومعناه انه اذا اتفقت النبطة من الجانبين قدم قول المالك وهو صحيح اذ ليس حينئذ للعامل حق يفوت ﴿قوله﴾ (وليس له أن يشتري من ينعتق على المالك الا باذنه) كما هو صريح التذكرة واللمعة وجامع المقاصد والروضة لانه تصرف منهي عنه لانه غير داخل تحت الاذن لانه تخسير صرف ان وقع صحيحا فيكون العقد باطلا ان كان الشراء بعين المال كما هو صريح كلام المبسوط والقنية والسرائر وجامع الشرائع والشرائع والارشاد والروض وكذا المختلف وفي (التحرير وجامع المقاصد والمسالك والروضة) أنه يكون موقوفا على الاجازة واحتمل في شرح الارشاد والتنقيح ومجمع البرهان البطلان والتوقف على الاجازة كما يأتي بيان ذلك كله وقضية كلام المبسوط وماذكر بعده أنه ليس له ذلك وانه فعل حراما كالكتاب وماذكر معه ﴿قوله﴾ (فان فعل صح وعتق) أي فان اذن المالك فاشترى صح الشراء وعتق على المالك فاشترى صح الشراء وعتق على المالك كما صرح بذلك في المبسوط وماذكر بعده في المسئلة المتقدمة مع زيادة التذكرة لان الحال فيه كالحال فيما اذا باشر العتق بنفسه أووكل فيه وهذا اذا لم يكن في العبد ربح واما اذا كان فيه ربح فقد قال في جامع الشرائع انه قد قيل أنه لايعتق قدر نصيب العامل ولم نجد هذا القائل منا ولا من العامة ولا حكى هذا القول احد غيره ﴿قوله﴾ (وبطلت المضاربة في ثمنه فان كان كل المال بطلت المضاربة) وان كان بعضه انفسخ من القراض بقدر قيمة العبد كما صرح بذلك كله في المبسوط والقنية والسرائر وجامع الشرائع والتذكرة والتحرير وجامع المقاصد والمسالك وهو قضية كلام الشرائع وغيرها لان ثمنه بمنزلة التالف فلو كان ثمنه جميع المال كان كما لو تلف جميع مال المضاربة ولو كان بعض المال كان كتلف بعضه وتستمر المضاربة في الباقي وهذا اذا لم يكن في العبد ربح كما عرفت آنفا وهل للعامل حينئذ أجرة أم لاقولان خيرة المبسوط الثاني وقد مال اليه المحقق الثاني وقد يظهر من المولى الاردبيلي ولاترجيح في التحرير واختير الاول في الارشاد والمختلف واللمعة والتنقيح والروض والمسالك والروضة وشرح الارشاد لفخر الاسلام وفي الاخير الاجماع عليه لانه قد انفسخ باختيار المالك الذي هو في قوة فسخه (قال في شرح الارشاد) وكلما أبطل المالك المضاربة لزمه أجرة

ولو كان فيه ربح فللعامل المطالبة بثمن حصته والوجه الاجرة (متن)

العامل اجماعا فيلزم المالك أجرة العامل اجماعا ويؤيده ان استحقاق الاجرة ليس مقصورا على هذا العمل وحده بل عليه وعلى ماتقدمه من الحركات من حين العقد الى حين هذا الشراء فالشان فيه كالشأن فيما اذا فسخ بعد ان سعى العامل وباشر المقدمات وسافر لكنه لم يرد على تقدير انحصار العمل في هذا الشراء فلانه عمل مأمور به وله أجرة صدر من فاعل معد نفسه للعمل بالعوض وبه يفرق بين عمل هذا العامل وعمل الوكيل لان الاجرة ليست من مقتضيات عمله لان الاصل فيه التبرع ومبنى القراض على العوض من حصة أو أجرة ومما ذكر يعلم الوجه في القول الاول لانه باقدامه على شراء هذا العبد الذي ينعتق على المالك بعد الشراء بلا فاصلة صار كانه متبرع كالوكيل الذي لم يشترط أجرة فتأمل ومن الغريب ان مولانا المقدس الاردبيلي لم يتنبه لفهم ذلك من كلام الارشاد ﴿قوله﴾ (ولو كان فيه ربح فللعامل المطالبة بثمن حصته والوجه الاجرة) القول الاول خيرة المبسوط وجامع الشرائع ولا ثالث لهما فيما أجد والثاني خيرة الشرائع والتذكرة والتحرير والارشاد والمختلف والايضاح وشرح الارشاد لولده واللمعة والتنقيح والروض والمسالك والروضة ولا ترجيح في مجمع البرهان وفي (جامع المقاصد) ان الذي ينساق اليه النظر عدم استحقاق العامل شيئا ان لم يكن احداثا لقول ثالث (قلت) الظاهر اتفاق الخاصة والعامة على عدم الثالث وقد سمعت اجماع فخر الاسلام والقولان مبنيان على المشهور من ان العامل يملك الحصة بالظهور والا فالكلمة متفقة على ان له الأجرة كما في جامع المقاصد على القول بانه انما يملك بالانضاض والقسمة لانتفائهما حينئذ لكن هذا الاجماع في محل الشك عند المصنف في التذكرة لانه لم يجزم بالاجرة لانه أول ما افتى بالحصة ثم قوى ثبوت الاجرة فليلحظ وعلى الاول فوجه كلام الشيخ أن العامل ملك حصته من الربح بالظهور وان المالك باذنه في الشراء الموجب للعتق كان كأنه استرد طائفة من المال بعد ظهور الربح واتلفها وان العامل شريك فيسري العتق في نصيبه فيضمن المالك النصيب مع يساره والا استسعي العبد فيه وقد روى محمد بن قيس في الصحيح عن أبي عبد الله عليه السلام في رجل دفع لرجل ألف درهم مضاربة فاشترى أباه وهو لا يعلم قال يقوم فان زاد درهما واحدا اعتق واستسعي في مال الرجل وهي دالة على صحة البيع ونفوذ العتق فتدل على صحة البيع فيما نحن فيه وان ذلك غير مناف لمقصود القراض ويكون اشتراط الاذن لما يلزم من الضرر فتثبت الحصة كما قاله الشيخ لا الأجرة وحجة المحقق ان المضاربة بطلت بهذا الشراء لعدم كونه من متعلق الاذن فان شراء المضاربة ما اقتضى التقليب والبيع وطلب الربح مرة بعد أخرى وهو منفي هنا لكونه مستعقبا للعتق فاذا صرف الثمن فيه بطلت وضمن المالك للعامل أجرة المثل كما لو فسخ المالك بنفسه لان العامل قد عمل ماحصل للمالك به نفع مطلوب له وقد اعترض في جامع المقاصد على الأمور الثلاثة (اما الاول) اعني استحقاقه الأجرة قولا واحدا على القول بأنه انما يملك بالقسمة فبان استحقاق العامل الأجرة انما هو في العمل المحسوب للمضاربة اذا فاتت الحصة وقد تقرر أن هذا ليس من أعمال المضاربة بل هو خلاف مقتضاها وليس من مقتضيات التوكيل ثبوت الاجرة للوكيل على عمل مقتضى الوكالة انتهى وبذلك اورد على الثالث (وفيه) انه لاوجه لذلك في الاول بعد قوله انه يستحق الاجرة قولا واحداً مضافا الى اجماع فخر الاسلام وقد سمعت معقده وقدعرفت الفرق بينه وبين الوكيل على تقدير انحصار

وان لم يأذن فالاقرب البطلان ان كان الشراء بالعين أو في الذمة وذكر المالك (متن)

العمل في هذا الشراء وعدمه وبالفرق واجماع الفخر يندفع الايراد عن الثالث أيضاً (وأما الثاني) أعني خيرة الشيخ فبأنه انما يتم ان قلنا ان السراية تحقق بالعتق القهري أو باختيار سبب العتق بناء على ان اختيار السبب اختيار المسبب (قلت) هذا منه بناء على مختار الخلاف وعلى ما يلزمه في أحد قوليه في المبسوط فان بين كلاميه فيه منافاة في مثل ذلك على ما حكاه عنه في المختلف ﴿ قوله ﴾ ﴿وان لم يأذن فالاقرب البطلان ان كان الشراء بالعين او في الذمة وذكر المالك ﴾ قد تقدم نقل الاقوال في ذلك وتفصيل الحال أن يقال اذا وقع الشراء المذكور فاما ان يكون الشراء بعين المال او في الذمة وعلى التقديرين فاما ان يكون عالماً بالنسب وحكم الشراء المذكور أو جاهلا بهما أو باحدهما خاصة وعلى تقدير الشراء في الذمة اما أن يذكر المالك للبائع لفظاً او ينوي الشراء له خاصة مع علم المالك بالنية وعدمه او يطلق ونية نفسه خارجة عن المقام وقد اطلق في المبسوط والتنقيح والسرائر وجامع الشرائع والشرائع والتذكرة والارشاد وشرحه لولده والتنقيح والروض وغيرها ان الشراء يقع باطلا ان كان بالعين من غير فرق بين العالم بالنسب والحكم والجاهل كما أطلق في التحرير وغيره أنه يقف على الاجازة كما تقدم ذلك كله ولعل مراد المبسوط وما وافقه من التصريح بالبطلان أنه يقف على الاجازة وهو الذي فهمه في جامع المقاصد من عبارة الكتاب ويحتمل ان يريدوا بالبطلان حقيقته لانه في المبسوط لا يقول بصحة الفضولي وبعض من وافقه يقول بصحته فتعبيره بالبطلان دون التوقف على الاجازة يقضي بارادة الحقيقة وهو الذي فهمه منهم المصنف في التحرير وولده في الايضاح وشرح الارشاد والمقداد في التنقيح ووجهه كما تقدم انه منهي عن الشراء المذكور لانه تخسير محض مناف لغرض القراض (وفيه) أنه لا يزيد عن الغاصب (سلمنا) لكن غايته التصرف من دون اذن وهو الفضولي بعينه والنهي فيه لا يبلغ به الفساد و بالبطلان فيما ذكر اعني ما اذا كان العامل جاهلا بالنسب والحكم فيما ذكر أعني ما اذا كان العامل جاهلا بالنسب والحكم فيما اذا اشترى بالعين أو في الذمة وذكر المالك صرح في الايضاح وجامع المقاصد لان الاذن في القراض انما ينصرف الى ما يمكن بيعه وتقليبه في التجارة للاسترباح ولا يتناول غير ذلك فلا يكون ما سوى ذلك مأذونا فيه والتباس الامر ظاهرا لا يقتضي الاذن غاية ما في الباب انه غير آثم في تصرفه اما كونه هو التصرف المأذون فيه فلا وتكليف ما لا يطاق وتوجيهه الى الغافل انما يلزم على تقدير ثبوت الاثم لا على تقدير عدم الاذن فى ذلك التصرف اذ لا امتناع في أن يظن المكلف لا مارة ما ليس مأذونا فيه أنه مأذون فيه ثم لا يكون مواخذاً به فاذا انكشف الحال تبين عدم نفوذ التصرف لوقوعه في غير محل الاذن فيضمن فيما نحن فيه بتفريطه بترك الاستقصاء في السؤال فان العلم مقدور لنا كما تحقق في علم الكلام والبطلان في جاهل الحكم أقوى لانه غير معذور وجاهل النسب وان كان معذوا لكن حكمه البطلان أيضا لما عرفت وفرق بينه و بين الوكيل اذا عزل ولم يعلم فى نفاذ تصرفه وفسخ الجاعل ولم يعلم المجعول له ان التصرف الماضي بمقتضى الوكالة والجعالة قد ثبت باصل العقد فيستصحب بخلاف ما هنا فان التصرف الواقع غير مأذون فيه قطعا وانما ظن العامل شمول الاذن له نظرا الى ظاهر الحال فاذا انكشف الامر تبين عدم الشمول والفرق واضح بينه و بين شراء المعيب اذا تلف بالعيب لان شراء المعيب صحيح نافذ لانه يجوز شراؤه مع العلم

والا وقع للعامل (متن)

بالعيب وانما يتحقق الفرق فيما اذا اشترى المعيب غير عالم بالعيب وكان مع العيب خاليا عن الغبطة وانما ظنها العامل بظن السلامة وكذا كل موضع ظن الغبطة فظهر خلافها فقد قال في جامع المقاصد لا أعلم الآن تصريحا في حكم ذلك والمتجه عدم صحة المبيع هذا كله مضافا الى اطلاق الاكثر كما عرفت ولم يعرف التأمل الا من الكتاب والمسالك والروضة وكانه مال الى الصحة في آخر كلامه في التذكرة أو قال بها كما ستسمع ووجه عدم البطلان والحكم بصحة البيع والعتق على المالك وأن لا ضمان على العامل ان العقد المذكور أنما يقتضي شراء ما ذكر بحسب الظاهر لا في نفس الامر لاستحالة توجه الخطاب الى الغافل لاستلزامه تكليف مالا يطاق (وحاصله) أنه أذن في القراض وهو من أفراده بزعمه والتلف حصل لمعنى في المبيع لم يعلم به (قولك) ان تكليف ما لا يطاق وتوجيهه الى الغافل انما يقتضيان عدم الأثم لا صحة العقد (يدفعه) حكمهم بصحة العقود التي يظن فيها الربح وان ظهرت على خلاف ذلك بل على ضده كذا قال في المسالك ويا ليته دلنا على موضع من ذلك ولعله أشار الى ما لو اشترى من نذر المالك عتقه فانه يصح الشراء ان لم يعلم العامل بالنذر وعتق على المالك ولا ضمان على العامل مع جهله كما نص عليه في تذنيب ذكره في التذكرة والكتاب فيما يأتي وقد حكى في الايضاح عن لفظ المصنف انه قال انعتق على المالك وتبطل المضاربة ويضمن العامل لأنه سبب الاتلاف وهو خلاف ما في الكتابين (وكيف كان) فلعله ليس مما لا يعلمه المحقق الثاني ورد في المسالك أيضا فرقه في جامع المقاصد بين المعيب وما نحن فيه بجواز شراء المعيب اختيارا بانه لم يصادف محله لان كلامنا في حالة لا ربح فيها كالعيب المفروض الذي يأتي على النفس والحال انه جاهل به وافتراقه عنه في حالة اخرى لا دخل له في المطلوب (قلت) قد عرفت أنه في جامع المقاصد كالمتأمل في ذلك حيث قال لا أعلم الآن تصريحا في حكم ذلك هذا وان نوى المالك خاصة وقع للعامل ظاهرا و بطل باطنا فلا يعتق ويجب عليه التخلص منه على وجه شرعي لانه ليس ملكا له في نفس الامر للنية الصارفة عنه وطريق التخلص بان يتمد التقاص فيبيع العبد و يستوفي ماله لبقائه على ملك البائع وكذلك الحال في المالك اذا علم ان الشراء للقراض بالبينة او اقرار البائع فانه يبطل البيع ويرد كل مال الى مالكه فان لم يمكن فانه يبيع العبد و يستوفي ماله وليس له تغريم العامل لان غايته ان المال تلف لكنه بغير تقصير ولا تفريط فليتأمل جيداً هذا ولم يتعرض في المبسوط والغنية والسرائر لما اذا ذكر العامل المالك للبائع لفظا ولا لما اذا ذكره نية وانما ذكر فيها أنه ان اشترى بغير اذنه بالعين بطل وان اشترى في الذمة وقع للعامل وقد تعرض لذكر المالك في الشرائع والتذكرة والتحرير والايضاح وجامع المقاصد والمسالك ثم عد الى العبارة فنقول ولد المصنف ان مراده فيها بغير الاقرب أنه يقف على الاجازة كما صرح به في شرح قوله وفي جاهل النسب او الحكم اشكال وعند المحقق الثاني ان مراده به الصحة لأنه مال متقوم قابل للعقود في نفسه فصح شراؤه كما لو اشترى باذن رب المال وبه صرح في الايضاح في شرح قوله الاقرب والجمع ممكن والاولى تحرير معنى البطلان هل هو البطلان الحقيقي أو توقفه على الاجازة فعلى الاول يحتمل الامرين وعلى الثاني يحتمل الصحة بمعنى اللزوم والبطلان من رأس الا أن احتمال الصحة بمعنى اللزوم مع علمه بالنسب والحكم بعيد جداً ﴿ قوله ﴾ ﴿ والا وقع للعامل ﴾ أي وان لم يكن الشراء بالعين ولا ذكر

مع علمه وفي جاهل النسب أو الحكم اشكال ولو اشترى من نذر المالك عتقه صح الشراء وعتق على المالك ان لم يعلم العامل بالنذر ولا ضمان ولو اشترى زوجة المالك احتمل الصحة والبطلان (متن)

المالك لفظا ولا نراه بحيث يعلم به البائع وقع الشراء للعامل والزم به ظاهرا ﴿قوله﴾ (مع علمه) أي بالنسب والحكم وهو قيد في كل من البطلان على تقدير الشراء بالعين او في الذمة مع ذكر المالك ووقوعه للعامل على تقدير عدمهما ﴿قوله﴾ (وفي جاهل النسب والحكم اشكال) قد علم منشأ وجهي الاشكال مما تقدم ﴿قوله﴾ (ولو اشترى من نذر المالك عتقه صح الشراء وعتق على المالك ان لم يعلم العامل بالنذر ولا ضمان) كما صرح بذلك كله في التذكرة كما سمعت وسمعت ما حكاه في الايضاح من لفظ المصنف (وقال في جامع المقاصد) ان الفرق بينه وبين من ينعتق على المالك غير واضح فان كلا منهما لم يتناوله الاذن الواقع في عقد القراض غاية ما في الباب ان المنذور عتقه انما يعلم من قبل المالك ورب عالم يعلم به أحد سواه بخلاف من ينعتق عليه بالابوة ونحوها لكن لا أثر لهذا الفرق قلت لعل الفرق بينهما ان المنذور عتقه لا ينعتق بمجرد دخوله في ملكه كأبيه مثلا بل هو متوقف على صيغة العتق وموسع عليه في ايقاعه فللعامل أن يلتمسه أن يؤخر عتقه حتى يبيعه من زيد مثلا ويربح فيه ويشترط على زيد أن يعتقه ان كان الغرض تحصيل عتقه وان كان الغرض مباشرة عتقه باعه من زيد وشرط عليه أن يهبه لعمرو الذي هو أبو المالك أو ابنه مثلا أو يبيعه منه لتمكن المالك حينئذ من تملكه وعتقه وعلى هذا لا يدخل تحت المنذور والخبر المانع من اشتراط بيعه على البائع فتدبر ويفرق بينهما بأن العامل ينكر عليه النذر واقصاه أن يقبل قوله لانه له فسخ القراض لكن ذلك اذا كان بعد ظهور الربح استحق العامل حصته من الربح فكان الاذن الواقع في عقد القراض متناولا له ولم يكن منهيا عنه اذلا تخيير فيه بل هو مال صالح للاكتساب قد يظهر فيه الربح بمجرد شرائه كما هو المفروض فلا مانع الا مجرد نذر عتقه وهو غير مخل فوجب أن يكون العقد صحيحا (الا أن تقول) ان هذا انما يتم اذا كان قد قال لله علي ان ملكته ان أعتقه والظاهر ان المراد بقرينة قوله عتق على المالك انه قال لله على ان ملكته أن يكون حرا (وفيه) أنه يشترط في صيغة العتق عدم التعليق على الشرط والصفة على ان هذا ونحوه ليس من صيغ العتق في شيء ومثله قوله لله علي ان ملكت سالما فهو حر لمكان التعليق ان سلمنا صحة النذر بهذه الصيغة أو انها حينئذ صيغة عتق فليلحظ ذلك ﴿قوله﴾ (ولو اشترى زوجة المالك احتمل الصحة والبطلان) كما احتملهما كذلك من دون ترجيح في التحرير والبطلان خيرة التذكرة والايضاح وجامع المقاصد لاشتماله على ضرر المالك بانفساخ عقد (النكاح ظ) باختيار ولزوم نصف الصداق لو كان قبل الدخول وجميعه بعده وبه قال الشافعي وهو كما ترى على أنه لا يلزم ذلك فيما اذا كان قد اشتراها بمائة درهم وهي تساوي الفا هذا على تقدير الشراء بالعين أو اضافة الشراء الى المالك في نفس العقد أو في نيته ووجه الصحة انه مال صالح للاكتساب به وقد اشتري بثمن المثل أو دون مع ظن المصلحة أو العلم بها لمكان زيادة الربح جداً فوجب ان يقع صحيحا اذ لا مانع الا انفساخ (النكاح ظ) وهو غير مخل بمقصوده لان حصول المطلوب الآن آكد وتمكين الزوج اكثر وبه قال بعض الحنابلة وعلى الصحة فقد قال في التحرير لو كان

ولو اشترى زوج المالكة باذنها بطل النكاح وبدونه قيل يبطل الشراء لتضررها به وقيل يصح موقوفا ولا يضمن العامل ما يفوت من المهر ويسقط من النفقة وقيل مطلقا فيضمن المهر مع العلم (متن)

الشراء بعد الدخول استحق المولى المهر وان كان قبله فاشكال (وقال في التذكرة) فيما اذا كان قبل الدخول في لزوم نصف المهر للزوج وجهان فان قلنا باللزوم رجع به على العامل لانه سبب تقديره عليه فيرجع به عليه كما لو افسدت امرأة النكاح بالرضاع ولم يذكر حكم ما بعد الدخول وكانه يرى عدم الرجوع به لانه قد تقرر بالدخول أو يرى الرجوع به كما ذكرناه في بيان الضرر (وقال في الايضاح) قال المصنف وعلى الصحة يحتمل ان يقال ليس له بيعها الا باذنه لما فيه من ابطال استباحة المالك الوطي. وقد اختار المالك حصوله ويحتمل جواز البيع لانه لما صح البيع بطل النكاح وبقي حكمها كسائر المملوكات ولعله سمع ذلك منه شفاها اذ لم نجده فيما حضر من كتبه والحال في المراد بالبطلان على نحو ما تقدم من احتمال ارادة حقيقته أو كونه موقوفا على الاجازة ﴿ قوله ﴾ (ولو اشترى زوج المالكة باذنها بطل النكاح) وصح الشراء قطعا كما في التذكرة لامتناع اجتماع الملك والنكاح اجماعا كما في شرح الارشاد للفخر وقطعا كما في جامع المقاصد ولاشبهة في صحة الشراء كما في المسالك وبهما صرح في المبسوط وغيره كما ستعرف لعموم الادلة مع عدم المانع لان لها ان تشتريه نفسها ووكيلها فالضرر جاء من قبلها ﴿ قوله ﴾ (وبدونه قيل يبطل الشراء لتضررها به وقيل يصح موقوفا ولا يضمن العامل ما يفوت من المهر ويسقط من النفقة وقيل يصح مطلقا فيضمن المهر مع العلم) قد حكيت الاقوال الثلاثة في الايضاح وجامع المقاصد وكذا المسالك ومجمع البرهان واقتصر ولده في شرح الارشاد على حكاية الاولين وترك الثالث واقتصر في التذكرة على الحكم بالثاني قال فسد الشراء بمعنى انه يكون موقوفا واقتصر في التحرير والارشاد على الحكم بالاول لكن قيده في التحرير بما اذا كان الشراء بالعين قال وان كان في الذمة وذكر المالك بطل مع عدم الاجازة ويحتمل على بعد لمكان المقابلة أن يكون مراده بالبطلان فيهما ماذكره في التذكرة وفي عبارة الارشاد بطل البيع فلا تغفل واقتصر في المبسوط والشرائع على نقل القول بالصحة والقول بالبطلان لكنه في المبسوط اراد بالبطلان معناه الحقيقي وأراد بالصحة معناها الحقيقي لا التوقف على الاجازة والى ذلك اشار المصنف بقوله مطلقا حيث قال وقيل تصح مطلقا وقد حكي في جامع المقاصد عن السيد العميد انه قال ان هذا القول لم نقف عليه في كتب اصحابنا وانما نقله المصنف وابن سعيد مما كنا عليه ونحو ذلك ما في المسالك ومع انه قد حكاه الشيخ في المبسوط الا ان نقول انه يحكي في أقوال العامة وهو قول ابي حنيفة وأحد قولي الشافعي وهو بعيد جدا لان الشراء لما فلا بد من رضاها قبل أو بعد ولعل من قال بالصحة ان كان منا أراد مع الاجازة لا مطلقا (وكيف كان) فالقول بالبطلان من دون تقييد خيرة المبسوط والشرائع والتحرير والروض لتضررها بفسخ نكاحها وسقوط نفقتها وذلك دليل على عدم رضاها وتقييد لما اطلقته من الاذن بدليل عقلي فيقع العقد باطلا لما ذكرناه من القرينة المقيدة له والقول بكونه موقوفا خيرة التذكرة والايضاح وجامع المقاصد والمسالك وكذا مجمع البرهان لانه شراء غير مأذون فيه فيكون موقوفا (قال في الايضاح) وهو قول كل من قال بصحة عقد الفضولي ووقوفه على اجازة المالك (وفيه) ان المحقق ووالده يقولان في الشرائع والتحرير والارشاد

وكذا لو اشترى من له عليه مال والوكيل في شراء عبد مطلق لو اشترى اب الموكل احتمل الصحة وعدمها والمأذون له في شراء عبد كالوكيل وفي التجارة كالعامل (متن)

بصحة عقد الفضولي موقوفا وقد صرحا فيها بالبطلان كما سمعت لما ذكرناه في دليله من الدليل العقلي وان كان ضعيفا فعلى القول بالبطلان وعلى وقوفه ان لم تجز الحكم ظاهر وان اجازت بطل النكاح ولم يضمن لها مهراً ولا نفقة وعلى القول بالصحة يضمن المهر مع علمه وبه صرح المصنف وغيره ولم يتعرضوا لضمانه النفقة ولعله لأنها غير مقدرة بالنسبة الى الزمان ولا وثوق باجتماع شرائطها بل لا تمكين منها في الزمان المستقبل لانه غير واقع منها الآن ومن البعيد احتمال ضمانه لها على التدريج ﴿ قوله ﴾ ﴿ وكذا لو اشترى من له عليه مال ﴾ أي يحتمل بطلان الشراء من رأس ويحتمل وقوعه موقوفا ويحتمل صحته ونفوذه واقتصر في التذكرة على احتمال الصحة والبطلان ووجه البطلان ان المالك يتضرر بدخوله في ملكه لامتناع أن يثبت له على ماله مال ولا فرق في المال بين أن يكون مستحقا في الحال كدية الجناية خطأً أو في ذمته يتبع به بعد العتق ووجه الوقوف على الاجازة انه لا يقصر عن الفضولي وهو الاوفق بالضوابط ووجه الصحة ان العقد متناول له لانه مال صالح للاسترباح ففي تضمين العامل حينئذ اشكال ينشأ من أن سقوط دين المالك بسبب فعله فكان ضامناً لأنه سبب الاتلاف كذا قال في التذكرة وما سبق للمصنف في المسئلة السابقة ينبغي الجزم بالضمان ﴿ قوله ﴾ ﴿ والوكيل في شراء عبد مطلق لو اشترى ابا الموكل احتمل الصحة وعدمها ﴾ قال في التحرير الاقرب انه يقف على الاجازة وفي (الايضاح وجامع المقاصد) أنه الاصح ووجه الصحة من دون توقف عموم الاذن من احتمال ارادة الثواب لان شراء الاب انفع في الاخرة وهو مقصود العقلاء بخلاف القراض فان الغرض منه الاسترباح فلا يكون مأذونا في نحو شراء ابيه ووجه البطلان من رأس أن المتبادر ان الغرض من شراء الوكيل شراء عبد قنية أو عبد تجارة لا من ينعتق عليه مع ما فيه من الضرر بتلف الثمن (وفيه) انه يكون حينئذ فضوليا فيقف على الاجازة ويأتي للمصنف وغيره في باب الوكالة انه لو وكله في شراء عبد مطلق ان الاقرب الجواز والشيخ في المبسوط منع منه لان فيه غرراً وقد أخذوه هنا مسلما ﴿ قوله ﴾ ﴿ والمأذون له في شراء عبد كالوكيل وفي التجارة كالعامل ﴾ قال في التذكرة اذا دفع السيد الى عبده المأذون له في التجارة مالا وقال له اشتر به عبدا فهو كالوكيل وان قال اتجر به فهو كالعامل ونحوه ما في جامع المقاصد ومعناه انه كالوكيل في احتمال الصحة وعدمها وكالعامل في التفصيل السابق وجزم في التحرير بانه ان اشترى بغير اذنه بطل سواء شراه بالعين أو في الذمة وهو قضية اطلاق جامع الشرائع وصريح المبسوط والتذكرة بعد تحرير وتفصيل وكلام فيهما طويل وحاصله انه اما ان يكون اشترى ابا سيده باذنه أو بدونه فان كان الاول ولم يكن على أبيه دين عتق عليه والا فقولان عند العامة كما اذا اعتق الراهن العبد المرهون وعندنا انه يعتق أيضا في التذكرة ولعله يقول ان الديون تكون في ذمة ولده أو يتبع بها سواء كانت مستحقة في الحال كدية الخطأ أو يتبع بها فيتأمل فيه وان كان بدون اذنه فان لم يكن عليه دين فقولان للعامة وان كان عليه دين فقولان لهم ايضا وعلى القول بالصحة فيهما فهل يعتق على ولده قولان ايضا لهم وقد عرفت ان الاصح في هذا ونحوه ان يقع موقوفا وقد يقال على العبارة في اطلاق التشبيه ان العبد اذا اشتري للتجارة في الذمة يقع للمالك وان لم يذكره لفظا ولا نية لان الشراء

ولو اشترى العامل من ينعتق عليه ولا ربح في المال صح فان ارتفع السوق فظهر ربح وقلنا يملك به عتق حصته ولم يسر على اشكال اذ لا اختيار في ارتفاع السوق واختياره السبب وان كان فيه ربح وقلنا لا يملك العامل بالظهور صح ولا عتق (متن).

في الذمة لا ينصرف اليه بحال ولا كذلك العامل فانه حر يصح أن يشتري لنفسه في الذمة ولعله لا يرد عليه لوضوح ان المراد غير ذلك ﴿ قوله ﴾ ﴿ ولو اشترى العامل من ينعتق عليه ولا ربح في المال صح ﴾ أي الشراء للقراض قطعا كما في جامع المقاصد لانه لا ضرر فيه على أحد ولا عتق وبقي على الرقية كما في النهاية والغنية والسرائر وغيرها وفي الاخيرين الاجماع عليه كما ستسمع وجاز بيعه كما في المبسوط والتذكرة والتحرير والايضاح وجامع المقاصد والمسالك فان بيع قبل ظهور الربح فلا كلام كما في المبسوط ولا بحث كما في التحرير وجامع المقاصد ﴿ قوله ﴾ ﴿ فان ارتفع السوق وظهر ربح وقلنا يملك عتق حصته ﴾ أي فان بقي في يده وارتفع وظهر ربح وقلنا يملك بالظهور لا بالقسمة عتقت حصته منه قطعا كما في المسالك وبصرح في المبسوط وجامع الشرائع والشرائع والتذكرة والتحرير والايضاح وجامع المقاصد ووجهه واضح لمكان حصول المقتضي وادعى كاشف الرموز الاجماع على ذلك فيما يأتي من ان العامل يستحق الربح لا الاجرة وادعى في السرائر تواتر الاخبار بذلك في المسئلة المذكورة وستسمع ما في الرواية والنهاية والغنية والسرائر وغيرها من الاطلاقات والاجماعات ﴿ قوله ﴾ ﴿ ولم يسر على اشكال اذ لا اختيار في ارتفاع السوق واختياره السبب ﴾ يريد انه اذا بقي في يده حتى ظهر الربح وقلنا يملكه به وعتقت عليه حصته هل يسري العتق الى الباقي اشكال ينشأ من ان حصول المال له لم يكن باختياره لانه انما حصل بارتفاع السوق ولا دخل لاختياره فيه كالارث فكان قهريا فلا يسري وهو الذي قربه في التحرير وقال انه يستسعى في الباقي وهو قضية اطلاق الصحيحة والاجماعات على مافهمه الشيخ وجماعة منها واكثر العبارات كما ستسمع ومن انه اختار السبب وهو الشراء اذ لولاه لم يملك شيئا بارتفاع السوق واختيار السبب اختيار للمسبب وهو الظاهر من اطلاق الصحيحة عند امعان النظر كما فهمه منها جماعة فقوله اذ لا اختيار في ارتفاع السوق اشارة الى وجه عدم السراية وقوله واختيار السبب اشارة الى الوجه الثاني وهو مبتدأ خبره محذوف تقديره ثابت أو نحوه واعترضه في (جامع المقاصد والمسالك) بمين ماوجه به في الايضاح وجه عدم الشراء به من ان الشراء ليس هو مجموع السبب وانما هو سبب بعيد والسبب القريب انما ارتفاع السوق الذي لا دخل للاختيار فيه فلا يكون الملك بالاختيار لان جزء سببه غير مقدور (وفيه) أنه قد يقال ان السبب اختياره الشراء واختياره امساكه حتى ارتفع السوق كما نبه عليه في الايضاح نصا مضافا الى اطلاق الصحيحة كما ستسمع ولا تغفل ان الرواية واردة في الجاهل والسراية في هذا التفصيل اذا كان موسرا خيرة المبسوط وجامع الشرائع والتذكرة والايضاح وفي (المسالك) انه أقوى لولا معارضة اطلاق النص وقد عرفت الحال فيه وستسمعه وصرح بالتوقف في جامع المقاصد وفي (المبسوط وجامع الشرائع) انه ان كان معسرا عتق نصيبه واستقر الرق في نصيب رب المال ﴿ قوله ﴾ ﴿ وان كان فيه ربح وقلنا لا يملك بالظهور صح ولا عتق ﴾ يريد انه ان كان فيه ربح وقت الشراء وقبل الشراء بان اشتراه بمائة وهو يساوي مائتين وقلنا انه لا يملك بالظهور صح الشراء من غير اشكال اذ لا مانع منه اذ لا عتق كما هو ظاهر وبه صرح في التذكرة

وان قلنا يملك فالاقرب الصحة فيعتق نصيبه ويسري الى نصيب المالك ويغرم له حصته لاختياره الشراء ويحتمل الاستسعاء في باقي القيمه للعتق وان كان العامل مؤسرا (متن)

والتحرير وجامع المقاصد والمسالك وعليه تبنى في المبسوط وهذا قسيم قوله ولاربح في المال ﴿ قوله ﴾ ﴿وان قلنا يملك فالاقرب الصحة﴾ أي صحة البيع وظاهر التذكرة أنه اجماعي وهو كذلك على الظاهر لما ستسمعه من العبارات وحكاية الاجماعات وورود الخبر الصحيح لان كان مورده صورة الجهل وعدم اذن المالك وهو يدل على الصحة في صورة العلم والاذن بالاولوية كاستسمعه مع وجود المقتضي وارتفاع المانع اذليس هوالاحصول الضرر على المالك وهو منتف هنا لان العتق على العامل دون المالك وأول من احتمل البطلان منا المصنف في الكتاب كما ستسمع ووجهه انه يلزم منه تعريض مال المالك للتلف بموته وتعطيله زمناً طويلا بغير ارتفاع لامر موهوم اذ قد يعجز عن السعي وعلى تقدير قدرته عليه قدلايحصل شيأ وعلى تقدير تحصيله تمام قيمته أو بعضها قدلا يصل اليه وذلك خلاف مقتضى القراض وخلاف رضا المالك مع مافي ذلك من تنجيز حق العامل وذلك يضر برب المالك الا ان تقول انا نقول بصحة البيع ولا نحكم بعتقه وفيه اعراض عن القواعد القطعية وهو ان كل من ملك أباه عتق عليه فلا بد من تقييد صحة البيع بما اذا أذن له المالك وعلم العامل بالنسب والحكم بالبطلان فيما عدا ذلك لكن فيه اعراضاً عن الصحيحة وعن اطلاقات الفتاوى والاجماعات الآتية لكن الامر في الاخير سهل اذجعل هذا الاطلاق مخصصاً للعموم المقطوع به الدال على الصحة وهو أنه لايجوز التصرف في مال الغير بغير رضا منه مع انه يشترط في المخصص ان يكون صريحا أو كالصريح مما لاينبغي وبالجملة ان كان هنا اجماع كما هو الظاهر اذ لم نجد مخالفاً والا فالامر مشكل ﴿ قوله ﴾ ﴿ويسري الى نصيب المالك ويغرم له حصته لاختياره الشراء﴾ أي الذي هو السبب واختيار السبب اختيار المسبب وقد عرفت المصرح بالسراية فيما اذا لم يكن فيه ربح وقت الشراء لكنه حصل بارتفاع السوق ومن صريحه التوقف ومن ظاهره ذلك ومن قرب عدمها وقد صرح بالسراية هنا اذا كان مؤسراً في المبسوط والتذكرة والايضاح وهو قضية جامع الشرائع بل التحرير وان قرب عدمها هناك على تأمل لنا في ذلك بل قد يدعى ظهور العدم منه فليلحظ وقد صرح بالتوقف هنا أيضا في جامع المقاصد وقد يلوح ذلك من الروضة والمسالك وقد عرفت ان الصحيحة عند صدق التأمل تدل على السراية ومن لحظ الرياض عرف أنه لم يلحظ المبسوط وجامع الشرائع والقواعد والتذكرة والتحرير والايضاح وجامع المقاصد ﴿ قوله ﴾ ﴿ ويحتمل الاستسعاء في باقي القيمة للمعتق وان كان العامل مؤسراً﴾ هذا خيرة النهاية والغنية والسرائر والشرائع والنافع والارشاد والتبصرة واللمعة والتنقيح وايضاح النافع وكذا مجمع البرهان بل وكذا المسالك والروضة وحكاه في الايضاح عن أبي الصلاح ولم نجده في الكافي وفي (الغنية والسرائر) الاجماع عليه ونسبه في مجمع البرهان الى فتوى العلماء تارة ونفى عنه الخلاف أخرى والعبارة التي حكيت عليها الاجماعات ووافقتها عبارات هذه الكتب المذكورة عبارة النهاية وهي هذه ومتى اشترى المضارب مملوكا وكان أباه أو ولده فانه يقوم هو عليه فان زاد ثمنه على ما اشتراه انعتق منه بحساب مايصيبه من الربح ويستسعى فيما يبقى من المال لصاحب المال وان نقص عنه أو كان على رأس المال بقي رقا كما كان انتهى ثم قدخلت عبارة الشرائع وما تأخر

عنها عن قوله وان تنقص الى آخره ويزيد فيها وفي بعض ماتأخر عنها انه لافرق في العامل بين ان يكون موسراً ومعسراً وهو المحكي عن التقي وقضية اطلاق الباقين كما ان قضية اطلاق الجميع انه لافرق بين ان يكون ظهور الربح قبل الشراء أو عنده أو بعده وأنت خبير بأن القول بها هنا بعدم السراية على العامل وان كان موسرا مناف لما يأتي ان شاء الله تعالى في بابه الا ان يقولوا انه غير مختار في العتق لكن كلامهم عام ومطلق بحيث يتناول العالم المختار والجاهل او يقولوا ان الشراء مع العلم بالنسب وظهور الربح وقت الشراء ليس مجموع السبب وهو في هذا القسم بعيد جداً والاصل في ذلك مارواه الشيخ عن محمد بن قيس في الصحيح والصدوق عن محمد بن قيس قال قلت لابي عبدالله عليه السلام والكليني في الحسن عن محمد بن ميسر قال قلت لابي عبدالله عليه السلام رجل دفع الى رجل ألف درهم مضاربه فاشترى أباه وهو لا يعلم قال يقوم فان زاد درهما واحداً انعتق واستسعي في مال الرجل وكأنهم فهموا منها أنه ينعتق نصيب العامل ويستسعى العبد في باقي قيمته فالضمير في العتق يعود الى مازاد والظاهر انه كضمير يقوم وضمير زاد عائد الى الاب لان هذه الضمائر على نسق واحد فتكون دالة على انعتاق جميعه وان المستسعى هو العامل بمعنى انه يسري عليه فيجب عليه بذل السعي في تحصيل مال صاحب المال فيكون المراد بالاستسعاء المعنى العرفي بين الناس وهو السعي والطلب أو يحمل على اعسار العامل فانه لاخلاف ولا بحث في الاستسعاء ان كان معسراً أو على تجدد الربح بعد الشراء فانها صالحة للتنزيل على ذلك وعلى مافهم الشيخ والمعظم من الرواية تكون دالة باطلاقها على الاستسعاء موسراً كان أو معسراً لمكان ترك الاستفصال ولان التقويم عليه على خلاف الاصل وعلى عدم الفرق في ظهور الربح بين كونه قبل الشراء وعنده وبعده واما صحة البيع فلوجود المقتضي وعدم المانع اذلا ضرر على المالك اذالعتق انما هو على العامل وقد عرفت مافيه مع الجهل بالنسب وعدم الاذن والقاعدة القطعية واما حمله على اعسار العامل والا لوجبت السراية واما عتق نصيب العامل فلاختياره الشراء المفضي اليه (وفيه) ان مورد الخبر انه لايعلم انه أبوه فكيف يتم اختياره السبب الا أن تقول ان مورده انه غير عالم بانه ينعتق عليه والاول بعيد من حيث الغرض والثاني من حيث اللفظ لان المتبادر من الخبر هو انه لايعلم انه أبوه وهو الذي فهموه ومما ذكر يظهر حال قوله في جامع المقاصد فان قام دليل على ان العتق بالشراء موجب للسراية نزلت الرواية على اعسار العامل واليه أشار في المسالك والروضة والرياض بقولهما وحملت الرواية على اعسار العامل جمعا بين الادلة اذفيه ان دليل السراية هو انه اختار السبب وهو يقضي بانه عالم والرواية واردة في صورة الجهل فالمورد مختلف فلا حاجة الى الجمع وأغرب منه مافي الرياض فانه قال حملت الرواية على اعسار العامل جمعا بين الادلة وقال ان الحكم بالاستسعاء مع الاعسار وبالسراية مع اليسار والفرق بين ظهور الربح وتجدده مبنيان على القول بالسراية في العتق القهري والاشهر خلافه انتهى وأغرب منه مافي الروضة حيث رواها عن محمد بن عمر ثم ان كلام الشيخ ومن وافقه عدا صاحب ايضاح النافع غير مورد الرواية فان كلام النهاية وغيرها عام أو مطلق شامل لصورة العلم والجهل بالنسب والعتق كما عرفت ولا كذلك مورد الرواية نعم ايضاح النافع قيد عبارة النافع بما اذا اشتراه غير عالم انه أبوه وقد قدمنا ان هذه الصحيحة تدل على صحة الشراء فيما اذا كان العبد يعتق على المالك واذن في شرائه فتثبت الحصة كما هو خيرة الشيخ هناك لا الاجرة

والبطلان لانه مخالف للتجارة ﴿ المطلب الثاني ﴾ ليس للعامل ان يسافر الا باذن المالك فان فعل بدون اذن ضمن وتنفذ تصرفاته ويستحق الربح ولو أمره بالسفر الى جهة فسافر الى غيرها أو بابتياع شيء معين فابتاع غيره ضمن ولو ربح حينئذ فالربح على شرط (متن)

﴿ قوله ﴾ ﴿ والبطلان لانه مخالف للتجارة ﴾ قد تقدم الكلام فيه آنفا وأنت اذا لحظت ماحررناه في الباب عرفت ما في كلامهم رضوان الله عليهم من القصور والاضطراب ﴿ قوله ﴾ ﴿ المطلب الثاني ليس للعامل ان يسافر الا باذن المالك ﴾ اجماعا كما في الخلاف والغنية والسرائر وظاهر التذكرة وجامع المقاصد والمسالك والمفاتيح مؤيدا بالاصل ومايفهم من أخبار الباب وقوله صلى الله عليه وآله المسافر وماله لعلى قلت الا ماوقى الله أي لعلى هلاك ولا فرق بين أن يكون الطريق آمنا أومخوفا وانه لايتبادر من اطلاق العقد ولا يفهم منه الشمول له وقد استدل عليه في جامع المقاصد بصحيحة الحلبي عن الصادق عليه السلام وصحيحة محمد بن مسلم عن أحدهما مع ان الاولى واردة فيما اذا أمره باتيان أرض ونهاه عن مجاوزتها والثانية واردة فيما اذا نهاه عن الخروج كما ستسمعها وفيها نوع دلالة وتركه في كلام أكثر الاصحاب لمكان ظهوره مع انه يستفاد من حكمهم بالضمان قولا واحدا ولم يخالف في ذلك أحد من علماء الاسلام الا أبوحنيفة ومالك قياسا على الوديعة والحكم في المقيس عليه ممنوع أيضا عندنا كما في الخلاف وقد تقدم بيانه في بابه ﴿ قوله ﴾ ﴿ فان فعل بدون اذنه ضمن وتنفذ تصرفاته ويستحق الربح ﴾ كما صرح بذلك كله في التذكرة والتحرير وجامع المقاصد وكذا الغنية والسرائر وفي الاخيرين الاجماع على الضمان وهو كالظاهر مع مابعده في تناوله استحقاقه الربح لانهما قالا بعد حكايتهما الاجماع على ذلك بعبارة واحدة ويحتج على هذا المخالف في صحة هذا القراض بهذه الشروط بقوله عليه السلام المؤمنون عند شروطهم وقد ترك الباقون هذا الفرع لعلهم اكتفوا عنه بتعرضهم لحكم ما اذا أمره بالسفر الى جهة فسافر الى غيرها لمكان اتحاد الطريق وتنقيح المناط على انك عرفت ان الاكثر لم يتعرضوا لبيان انه لايجوز له السفر فلم يتعرضوا لفرعه ومن الغريب ان من تعرض لذلك كالشيخين في المقنعة والنهاية والمبسوط والخلاف لم يتعرضوا لهذا الفرع. وكيف كان فالاولى عدم اغفاله لانه يمكن استفادته من الاخبار بل خبر محمد عن أحدهما عليهما السلام كالظاهر فيه قال سألته عن رجل يعطي رجلا المال مضاربة وينهى أن يخرج قال يضمن المال والربح بينهما ومن ينهاه المالك عن السفر فسافر يصدق عليه ان سافر بغير اذنه فكان هذا العنوان باحد شقيه مشمولا لمورد الصحيح ﴿ قوله ﴾ ﴿ ولو امره بالسفر الى جهة فسافر الى غيرها أو بابتياع شيء معين فابتاع غيره ضمن ولو ربح فالربح على الشرط ﴾ كما صرح بذلك كله في النهاية وجامع الشرائع والشرائع والنافع والتذكرة والتحرير وجامع المقاصد والمسالك والروضة والكفاية والمفاتيح وهو قضية اطلاق الوسيلة والتحرير ايضا والارشاد واللمعة والروض وكذا مجمع البرهان بل هو قضية كلام الغنية والسرائر حيث قالا ويحتج الى آخر ماتقدم وقد صرح بذلك كله في المقنع في خصوص مخالفة أمره في جهة السفر وقد حكى الاجماع في الغنية والسرائر على أنه يضمن فيما اذا خالف في الامرين أعني السفر وابتياع المعين وفي (جامع المقاصد) نسبته الى الاصحاب وفيه ايضا انه لابحث فيه وفي (الرياض) انه لاخلاف فيه وهو اي الضمان قضية كلام المقنعة والنهاية وفي ظاهر جامع المقاصد وموضعين من المسالك الاجماع

على ان الربح على الشروط فيما اذا خالف في هذين الامرين وفي (ايضاح النافع) ان عليه الفتوى وفي موضع من مجمع البرهان كأنه لا خلاف فيه وفي آخر ان الخلاف فيه غير معلوم والاصل في ذلك أخبار الباب وهي على أنحاء (فمنها) مادل على حكم المخالفة في السفر كالصحيحين الذين في أحدهما عن الرجل يعطي المضاربة وينهى ان يخرج به فخرج قال يضمن المال والربح بينهما ومن البعيد جدا ان يراد منها ومن غيرها ان الربح الذي بينهما انما هو ربح غير المنهي عنه بل لا يكاد يتصور في غيرها كما ستسمع ومثله الصحيح الآخر الحبي وحسنة الكناني وخبر ابي بصير وخبر الشحام (ومنها) مادل على انه اذا امره بابتياع شيء معين فخالفه فابتاع غيره ضمن وان الربح بينهما كموثق جميل أو صحيحه عن ابي عبد الله عليه السلام في رجل دفع الى رجل مالا يشتري به ضربا من المتاع مضاربة فذهب فاشترى غير الذي أمره قال هو ضامن والربح بينهما على ماشرط وفي (مجمع البرهان) انها اصح الروايات التي في الباب مع أن في طريقها معويه بن حكيم وهو وان قال النجاشي أنه ثقة جليل الا ان الكشي قال انه فطحي ولعل لفظ اصح في كلامه تصحيف أوضح لأنها لا يحتمل ان الربح الذي بينهما ربح المأمور به لا المنهي عليه ومثله صحيحة الحلبي في الرجل يعطي المال مضاربة فيخالف ماشرط عليه قال هو ضامن والربح بينهما (ومنها) مادل على أن الربح له وليس عليه من الوضيعة شيء الا ان يخالف عن شيء مما امر صاحب المال ففي حسنة الكناني عن ابي عبد الله عليه السلام في الرجل يعمل بالمال مضاربة قال له الربح وليس عليه من الوضيعة شيء الا ان يخالف عن شيء مما أمره صاحب المال وفي صحيحة الحلبي الا أن يخالف أمر صاحب المال واذا جرينا في هذه الاخبار الاخيرة على الراجح في القاعدة الاصولية من رجوع الاستثناء الى الجملة الاخيرة خاصة كان مفادها أن الربح على الشرط وهل يتعدى لو تجاوز بالعين والمثل والنقد وغيرها من وجوه التصرف حيث يتعين قولان اذ قد صرح في الوسيلة بالتعدي في المثل والنقد وظاهر التحرير والارشاد واللمعة التعدي في الجميع وصريح الروضة ومجمع البرهان وعدمه (ونحن نقول) هذه الاخبار تدل على التعدي اما صريحا أو بالاولوية وذلك لان هذه الامثلة الثلاثة ان صرح باشتراطها في ضمن العقد كانت داخلة تحت عموم قول الحلبي فيخالف ماشرط وقد قال الصادق عليه السلام في جوابه على عمومه من دون استفصال هو ضامن والربح بينهما ونحوه غيره وان لم يصرح باشتراطها قلنا الحكم بصحة المضاربة مع المخالفة لماشرط عليه صريحا يستلزم الحكم بصحتها مع المخالفة لما دل عليه عقد المضاربة التزاما كالامثلة المذكورة بطريق أولى وليس مقتضى العقد عدمها حتى لو أتى بها كان قد خالف مقتضى العقد لأنه لو صرح بخلافها كان العقد صحيحا قطعا وندرة المصلحة فيما اذا باع بدون ثمن المثل لا تضر أصلا وليس المانع الا أن يدعي أخصية المورد وهي ممنوعة في الجميع (و بقي شيء) وهو أنه كيف يستحق ربح عمل لم يكن مأذونا فيه ولم يعامل عليه ويكون آثما فيه غاصبا ضامنا وقد قالوا أن المضارب بمنزلة الوكيل لا يصح له ذلك لكن الاخبار كما عرفت قد تكثرت وتضافرت مع اشتمالها على الصحيح المستفيض وتعاضدت واعتضدت بالفتاوى والاجماعات وان في بعض ذلك لبلاغا في جواز الخروج عن تلك القاعدة فلا حاجة الى ما تكلفه مولانا المقدس الاردبيلي في تأويلها من ان المراد ان ذلك اذا رضي المالك أو ما اذا علم ان ماشرطه عليه أولى في نظره فكأنه قال له هذا أولى في نظري فان خالفت فانت ضامن والقراض على حاله كما اذا استأجره لحج الافراد باعتقاده انه أفضل فانه يجوز له العدول الى التمتع وربما اولت بان المقصود أولا و بالذات انما هو الربح وان تلك التخصيصات

ولو سوغ له السفر لم يكن له سلوك طريق مخوف فان فعل ضمن ولو اذن في السفر فاجرة النقل على مال القراض ونفقته في الحضر على نفسه وفي السفر من اصل (مال خل) القراض كمال النفقة على رأي (متن)

عرضية لا تؤثر في فساد المعاملة ﴿ قوله ﴾ ﴿ ولو سوغ له السفر لم يكن له سلوك طريق مخوف فان فعل ضمن ﴾ كما في التحرير وجامع المقاصد لما فيه من التغرير بل لو سوغ له سلوك المخوف فعلم الجواز بحاله التغرير بنفسه ولا ضمان عليه ﴿ قوله ﴾ ﴿ واذا اذن له في السفر فاجرة النقل على مال القراض ﴾ اذا جرت العادة بالاستئجار على نقله كما في جامع المقاصد ولو جرت العادة بحمله فلا يبعد عدم جواز الاستئجار ﴿ قوله ﴾ ﴿ ونفقته في الحضر على نفسه ﴾ اجماعا كما في جامع المقاصد والمسالك وعند علمائنا كما في التذكرة و به صرح في المبسوط والمهذب والوسيلة والغنية والسرائر وجامع الشرائع والتحرير والتذكرة لان الاصل حفظ مال الغير وعدم وجوب الانفاق عنه ويدل عليه صحيح علي بن جعفر وغيره كما يأتي وقال مالك له ان ينفق منه على العادة كالغدا وكسرة السقا ﴿ قوله ﴾ ﴿ وفي السفر من أصل القراض كمال النفقة على رأي ﴾ وهو أحد الاقوال الثلاثة في المسئلة وهي خيرة النهاية والخلاف والمهذب والوسيلة والغنية والسرائر وجامع الشرائع والشرائع والنافع والتذكرة والتحرير والارشاد والتبصرة والمختلف والايضاح واللمعة والتنقيح وايضاح النافع وجامع المقاصد والروض والمسالك والروضة ومجمع البرهان والمفاتيح وقد حكاه المصنف عن والده وابي علي وهو المشهور كما في التذكرة وايضاح النافع وجامع المقاصد ومجمع البرهان وفي (المسالك والكفاية والمفاتيح) أنه الاشهر ولا يعجبني ذلك لندرة المخالف جداً وفي (السرائر) انه الاظهر الصحيح بين اصحابنا المحصلين وفي (ايضاح النافع) أيضا أنه الاظهر بين فقهائنا وفي (جامع المقاصد) ايضا أنه مذهب اكثر اصحابنا وفي (الخلاف) ان عليه اجماع الفرق واخبارهم وفي (السرائر) أيضا أن الشيخ رجع في النهاية والخلاف الى أهل نحلته واجماع عصابته عن أحد أقوال الشافعي (وفيه) ان النهاية والخلاف متقدمان على المبسوط وفي (التذكرة) أيضا نسبة الى علمائنا لانه عمل للمالك وقد انقطع بسفره الى عمله فكان كالاجير له وقد قال بن الحسن موسى عليه السلام في صحيح اخيه في المضاوب انفق في سفره فهو من جميع المال فاذا قدم بلده فما انفق فمن نصيبه وقد رواه في الكافي في القوي عن السكوني ورواه في الفقيه مرسلا عن امير المؤمنين عليه السلام واما العموم وذلك اذا اطلقا عقد القراض كما هو قضية اطلاق الفتاوى وعموم النصوص بل يتناولان ما اذا اشترطا خرج ما اذا اشترط كونها على العامل وبقي ما اذا اطلقا او اشترط كونها على المالك بل الثاني تأكيداً كما نص عليه جماعة قلت ولا يجب حينئذ تعينها كما توهمه في الروضة لثبوتها بدون الشرط وفيه فائدة اخري وهو الخروج عن الخلاف لكن في ايضاح النافع ان النفقة تلزمه من دون اشكال اذا كانا قد علما ان ذلك حكم الشارع والا ففي لزومها نظر لعدم التراضي عليهما الا ان يقال ان مثلها مستثنى لعدم الخسران على العامل وفيه تأمل انتهى فتأمل فيه ومقتضى اطلاق النص والفتوى انه ينفق من اصل المال ولو مع حصول الربح وفي (المهذب) انه ينفق من اصل المال وان لم يربح وفي (المسالك والروضة ومجمع البرهان) وان لم يربح وفي الاولين انه ان ربح كانت من الربح ومعناه أنه تقدم على حق العامل وفي (ايضاح النافع) ان النفقة تجبر من الربح وهو قضية كلام بعض الباقين والمراد بالنفقة وكمال النفقة النفقة

فلو كان معه غيره قسط ويحتمل مساواة للحضر واحتساب الزائد على القراض (متن)

الكاملة من باب اضافة الصفة الى الموصوف وهو جميع مايحتاج اليه من مأكول وملبوس ومشروب كما في الغنية والتحرير ومركوب كما في المبسوط والتنقيح وآلات ذلك كالقربة ونحوها واجرة المسكن مقتصداً كما في المسالك والروضة والكفاية والاقتصاد وهو المراد من الانفاق بالمعروف في عبارة المهذب والوسيلة والتذكرة وجامع المقاصد ويجب رد الاعيان الباقية الى القراض ومن التقريب احتماله في التنقيح من عبارة النافع وهي كعبارة الكتاب ان المراد انه ينفق الزائد عن نفقة الحضر والباقي يكون من ماله والمراد بالسفر العرفي لا الشرعي كما في التنقيح والمسالك والروضة ومجمع البرهان والكفاية وغيرها فينفق وان كان قصيراً اوأتم الصلوة الا ان يخرج عن اسم المسافر ﴿ قوله ﴾ ﴿ فلو كان معه غيره قسط ﴾ كما في المبسوط والشرائع والتذكرة والتحرير والارشاد والتنقيح وجامع المقاصد والروض والمسالك ومجمع البرهان والمفاتيح غير انه قال في الشرائع ولو كان لنفسه مال غير مال القراض ووجه التقسيط ظاهر لان السفر لاجلهما فالنفقة عليهما من دون فرق بين ان يكون قد شرطها على كل واحد منهما أو أطلق مع جهل كل واحد منهما بالآخر أما لو علم صاحب القراض الاول بالثاني وشرط على ماله كال النفقة جاز واختصت به ولا شيء على الثاني ولو شرط المالك على العامل أن لا نفقة عليه وأن النفقة على العامل أو على المضارب الآخر صح الشرط ولا كذلك لو شرطها العامل على أحد المضاربين ثم عن له التقسيط وهل التقسيط على نسبة المالين أو نسبة العملين وجهان وقد جزم في المبسوط بالاول وهو الظاهر من مجمع البرهان وفي (جامع المقاصد) أنه أوجه وفي (المسالك) أنه أجود لان الاستحقاق منوط بالمال لانه الباعث على السفر ولا نظر الى العمل الا أنه يرد عليه أنه لو أخذ مضاربة في حال السفر فانه يقتضي أن لا يستحق نفقة أصلا فتأمل والاولى أن يكون النظر الى ظاهر الخبرية (١) ولا ترجيح في الكفاية وفصل في التذكرة فجعل التقسيط على نسبة المالين اذا كان معه مال لنفسه وقرب تقسيطها على نسبة العملين اذا كان المال لغيره ولم يتضح لنا وجهه (ومن المعلوم) ان التقسيط انما هو اذا كان ذلك المال مما يقصد له السفر فتدبر وهذا كله على القول بوجوب كال النفقة على مال القراض وأما على القول بان الواجب هو النفقة الزائدة فالتقسيط لتلك النفقة خاصة عليهما والباقي على ماله (وقال في الايضاح) ما حاصله ان التقسيط انما يتفرع على القول بوجوب كال النفقة قال وأما على القول بانه انما يستحق الزيادة خاصة فان نفقته على نفسه وهو ضعيف جداً لوجود المقتضي في الموضعين بل الظاهر أنه سهو أوقعه فيه ايقاع المصنف له بعد القول الاول ولا دلالة في ذلك على ذلك وكلامه في التذكرة والتحرير مطلق يجري على القولين ﴿ قوله ﴾ ﴿ و يحتمل مساواة الحضر واحتساب الزائد على القراض ﴾ الظاهر أنه أراد بالاحتمال التنبيه على قولي الشيخ في المبسوط حيث قال ان الاقوى أنه ليس له أن ينفق مال القراض حضراً ولا سفراً ثم قال من قال ينفق ففي قدرها وجهان أحدهما ينفق كال النفقة والثاني وهو الاصح أنه ينفق القدر الذي يزيد على نفقه الحضر لاجل السفر فقد جعل هذا القول مبنيا على القول بالانفاق الذي لا يقول به وكل من قال منا بالانفاق قال بانه ينفق كال النفقة وما قال أحد منا بانه ينفق وأنه انما ينفق الزائد سوى كاشف الرموز ولم يقل به أحد قبله ولا بعده وانما هي ثلاثة أقوال للشافعي فما في ايضاح النافع والمسالك ومجمع البرهان والكفاية والرياض من ان في المسئلة

---

(١) كذا وجد ولعل صوابه الخبر او الخبرين فليراجع (مصححه)

ولو انتزع المالك منه المال في السفر فنفقة العود على خاص العامل ولو مات لم يجب تكفينه ﴿المطلب الثالث﴾ ليس للعامل وطؤ أمة القراض وان ظهر الربح (متن)

ثلاثة أقوال ليس في محله اذ الظاهر أن ليس تلزم الى كشف الرموز كا حققناه نحن مل شيخنا صاحب الرياض ما رآه وأغرب من ذلك ما في الروضة حيث اقتصر على حكايته ولم يحك خلاف المبسوط و يشهد على ذلك أنه في المختلف ما حكاه ولا أشار اليه وتم ما صنع في التحرير والايضاح وجامع المقاصد حيث حكى فيه كلام المبسوط بالمعنى (ومن الغريب) ما عن كنز الفوائد حيث جعل قوله و يحتمل احتمالين من تتمة أحكلم ما اذا كان معه مال آخر في مقابل التقسيط (أحدهما) كون النفقة كلها في مال العامل كالحضر لانه انما سافر في تجارته وأراد أن يزداد في الربح فاخذ مال القراض مستصحباله (والثاني) استحقاق الزائد على نفقة الحضر من مال القراض في القراض المذكور لانه مشغول بمصلحته كا كان حاضرا وانما لزم بسبب السفر القدر الزائد على نفقة الحضر ومن البعيد جداً ما احتمله في جامع المقاصد من العبارة وقدمه فقال يمكن ان يكون قوله و يحتمل مساواة الحضر الى آخره أشارة الى القول الذي اختاره في المبسوط تفريعا على القول باستحقاق النفقة فيكون معناه استواء السفر والحضر في ان مقدار نفقة الحضر من ماله والزائد محسوب من القراض و يكون أحد المساوين ووجه المساواة محذوفين في العبارة فتدبره و يحتمل مساواة الحضر السفر في كون مقدار نفقة الحضر من العامل والزائد من القراض ﴿قوله﴾ (ولو انتزع المالك منه المال في السفر فنفقة العود على خاص العامل) كا في المبسوط والشرائع والتذكرة والتحرير وجامع المقاصد والمسالك لانها انما استحقت سفراً للمضاربة وقد ارتفعت بالفسخ ولا غرر لعلمه بجواز فسخ العقد وخالف في ذلك الشافعي في أحد الوجهين ﴿قوله﴾ (ولو مات لم يجب تكفينه) من مال القراض كا في المبسوط والتذكرة والتحرير وجامع المقاصد لانه استحق النفقة في حال الحيوة وكذا لو مرض واحتاج الى دواء ونحوه فانه من ماله ﴿قوله﴾ (المطلب الثالث ليس للعامل وطؤ أمة القراض وان ظهر ربح) الاصل في المسئلة ما قاله الشيخ في النهاية قال ولا يجوز للمضارب أن يشتري جارية يطأها الا أن يأذن له صاحب المال في ذلك ومثله على احتمال قوله في التبصرة لا يطؤ جارية القراض من دون اذن المالك وقضية اطلاق الكتابين أنه لو أذن له المالك قبل الشراء أو بعده جاز له وطؤها بمجرد الاذن سواء ظهر فيها ربح أم لا وقد واقفهما في الشق الثاني الارشاد قال لو اشترى جارية جاز له وطؤها مع اذن المالك بعده لا قبله على رأي اذ ظاهره كا هو ظاهر الكتاب والايضاح فيما بعد وغاية المراد والروض لمن أجاد التأمل فيها انه يجوز له وطؤها بمجرد الاذن بعد الشراء سواء كان بلفظ التحليل و بدونه ظهر ربح أم لا وهو المستفاد من كلام التنقيح على طوله والمقتصر وايضاح النافع وقد اشترط في الثلاثة أن لا يكون قد ظهر فيها ربح فقد وافقوهم في بعض ما ذكروا بل قد يلوح من المقتصر نسبة ذلك الى الاكثر لمن أمعن النظر فيه وتدبر وهو في محله ان كان الاذن بلفظ التحليل وقد يفرق بين عبارة التبصرة وعبارة النهاية و يمكن ان يكون والمراد من عبارة النهاية أنه لا يجوز للمضارب أن يشتري للقراض جارية يطأها الا أن يأذن له المالك في وطئها بعد الشراء وهو قريب ظاهر تشهد به عبارة النافع فلا يكون مخالفا تلك المخالفة لكن المحقق والمصنف هنا وغيرهما فهموا منه ان المراد الا أن يأذن له المالك في شرائها ووجه

شهادة عبارة النافع أنه قال ولا يطؤ المضارب جارية القراض ولو كان المالك أذن له وفيه رواية بالجواز متروكة انتهى اذ ظاهرها أنه بعد شرائها للقراض لا يجوز وطؤها وان أذن له المالك وان الرواية واردة في جواز ذلك لكنها حينئذ متناقضة اذ الرواية ليست واردة في ذلك (الا أن تقول) لفظ كان يدفع ذلك فتوافق عبارة الشرائع قال ولا يجوز للمضارب أن يشتري جارية يطأها وقيل يجوز مع الاذن وقد نسب في غاية المراد والروض ما في الارشاد الى نجم الدين وقد سمعت العبارات الثلاث (الا أن تقول) لعله أشار الى قوله في الشرائع بعد ذلك ولو أحلها بعد شرائها صح (وفيه) أنه غير ما في الارشاد ولكن يمكن الجمع مع تكلف وقضية ما في الشرائع والنافع أخذاً بالظاهر أنه ليس له وطؤها مع اذن المالك له من قبل أو من بعد ظهور ربح أم لا وأنه لو أحلها له بعد الشراء بلفظ التحليل جاز ظهر ربح أم لا وهو حاصل كلام التحرير بعد تحريره وضم بعضه الى بعض وما هو قضية كلام الشرائع من أنه ليس له وطؤها مع الاذن سابقا ولاحقا ظهر ربح أم لا هو قضية كلام المبسوط والمهذب وكشف الرموز والتذكرة وجامع المقاصد والمسالك وفي (مجمع البرهان) ان المسئلة من المشكلات ويأتي المصنف أنه لو أذن له المالك في شراء أمة يطأها قيل جاز والاقرب المنع وقد قيل في الايضاح وجامع المقاصد أنه أشار بالقيل الى قول الشيخ في النهاية فيكون قول المصنف ليس للعامل الى آخره مسوقا لغير ما اذا أذن المالك له في شراء امة يطأها كأن يكون قد اشتراها للقراض من اول الامر فيكون معناه بقرينة قوله من دون اذن أنه اذا كان اشتراها للقراض يجوز له وطؤها اذا أذن له المالك فيه ولم يبين حال ما اذا أذن له قبل الشراء فنبه عليه بالعبارة الثانية (وكيف كان) فقد احتجوا للشيخ بما رواه هو في التهذيب عن الحسن بن محمد بن سماعة عن محمد بن زياد عن عبد الله بن يحيى الكاهلي عن ابي الحسن عليه السلام قال قلت له رجل سألني أن أسألك ان رجلا أعطاه مالا مضاربة يشترى له ما يرى من شيء فقال اشتر جارية تكون معك والجارية انما هي لصاحب المال ان كان فيها وضيعة فعليه وان كان فيها ربح فله فللمضارب أن يطأها قال نعم والحسن ثقة فقيه ومحمد هو ابن عمرو عن صاحب البلغة أنه قال ظفرت بما يقرب من مائة موضع قد عد فيه حديث الكاهلي صحيحا وقد رماها جماعة بالضعف وأغرب منه ما في كشف الرموز وغاية المراد والمهذب البارع والمقتصر والتنقيح والروض في بيان الضعف ان في طريقها سماعة وهو واقفي اذ فيه غلط من ثلاثة وجوه (أحدها) أنه من أصحاب الصادق والكاظم عليهما السلام بل قيل انه مات في عصر الصادق عليه السلام فكيف يروي عنه حميد بن زياد (وثانيها) ان الموجود في الاصول الحسن بن محمد بن سماعة (وثالثها) ان سماعة اما ثقة أو موثق ووجه دلالتها ان قوله تكون معك أذن له في وطئها وتحليل كما فهمه المضارب والسائل على الظاهر مع تقرير المعصوم عليه السلام فتكون دلت على ان الاذن قبل الشراء كاف في جواز الوطئ سواء كان الشراء لخصوص المالك أو للقراض فتكون دليلا للنهاية على مافهموه منها فما ذكر في التنقيح والرياض فيرد دلالتها من أنها ليست مال مضاربة غير متجه ولا صحيح لان كونها ليست مال مضاربة لا تعلق له في ذلك فليتهم فانه ربما دق وكذا قولهما أنها تضمنت جواز الوطئ بمجرد اذن المالك في شرائها وكونها معه وهو أعم من تحليله الوطئ ولا دلالة للعام على الخاص اذ فيه ان أحداً قبل المقداد لم يتأمل في دلالتها مضافا الى ما عرفته من فهم المضارب والسائل والتقرير نعم يرد عليه ان الآذن انما يأذن في وقت يكون له ذلك والاذن قبل البيع والشراء اذن في المعدوم (وفيه) انهم قد جوزوا أن يأذن له في شراء عبد وعتقه وشراء

فان فعل من غير اذن حد وعليه المهر وولده رقيق ان لم يظهر ربح ولا تصير أم ولد ولو ظهر ربح انعقد حراً وهي أم ولد وعليه قيمتها (متن)

طعام ونحوه وأكله وهبته و بيعه والتصدق به كما يأتي في الوكالة ان شاء الله تعالى (الا أن تقول) ان ان حل الفرج منحصر في العقد والملك والاذن المتقدم لم يصادف أحدهما ولاعدم بالرواية غير الشيخ في النهاية ان كان عاملا بها فلا تنهض على تخصيص القاعدة الا أن تقول ان الاذن كناية عن التحليل والتوكيل فيه هذا مايتعلق بالرواية وكلام النهاية واما وجه عدم جواز وطئها إذا كان اشتراها للقراض ان لم يأذن له فلانها ملك لرب المال ان لم يظهر ربح وان ظهر فهي مشتركة على أصح القولين وليس لاحد الشريكين وطء الامة المشتركة ووجه عدم جوازه بالاذن بعد الشراء ان لم يظهر ربح ان سبب الحل منحصر في العقد والملك وقد ارجعوا التحليل الى أحدهما ولابد للتحليل من ايجاب بلفظه وقبول والمفروض ان لا شيء من ذلك كله الا أن يحمل كلام من أجاز على وقوع ذلك فيكون مرادهم بقولهم اذا أذن المالك انه أوقع ذلك بلفظه فانه قريب جدا واما اذا ظهر ربح فوجهه ان الجواز حينئذ بالتحليل يستلزم التبعيض وهو غير جائز ﴿ قوله ﴾ (فان فعل من غير اذن حد وعليه المهر وولده رقيق ان لم يظهر ربح والاتصير أم ولد) قد تقدم في باب الغصب ان الواطئ اذا وطأ جارية الغير من دون اذن مالكها ان المعروف الذي عليه المعظم وبه افصحت الاخبار انه يلزمه عشر قيمتها ان كانت بكرا ونصفه ان كانت ثيبا وان القول بان عليه مهر امثالها خلاف التحقيق نعم هو متجه فيما اذا كان وطأها بعقد معتقدا كل منهما صحة النكاح لأنه قد دخل على لزوم المسمى بالوطئ وقد فات بفساد العقد فيجب مهر المثل وتقدم ان ارش الجناية بازالة البكارة يدخل في مهر المثل على القول به وفي العشر على القول به وان القول بعدم دخوله وانه يجب لازالتها شيء زائد هو اما العشر فيجتمع عليه عشران أو الارش أو أكثر الامرين من الارش والعشر ضعيف وهذا كله اذا كانا جاهلين بالتحريم واما اذا كانا عالمين وأكرهها فعليه العشر اونصفه والحد و لولد رقيق للمالك وله ارش النقص والاجرة ولو طاوعته حدا وفي عوض الوطئ اشكال أصحه انه لاعوض له لانها بغي اما لوكانت بكرا فعليه ارش البكارة وعلى هذه التقادير لاتصير أم ولد قطعا ﴿ قوله ﴾ (ولو ظهر ربح انعقد حرا وهي أم ولد وعليه قيمتها) لانه اذا ظهر ربح صار شريكا فان كان يعتقد حل الوطئ لكل منهما لمكان ملكه بعضا منها فلاحد عليه اجماعا واخبارا لمكان الشبهة ولاحد ولكن يسقط عنه بقدر نصيبه الا أن يكون المالك ابنه فانه لايحد أصلا والمراد بالحد هنا الجلد لان الرجم لايقبل التبعيض وان الرجم انما هو في الزنا المحض ولذلك يلحق به الولد وان كان عالما بالتحريم والزاني العالم لايلحق به الولد والوجه في ذلك ان الشبهة في الحاق النسب أحد أمرين الشبهة المسقطة للحد والثانية مسيس الملك لان مسيس الملك يثبت لحوق الولد ويجعلها أم ولد كما صرحوا به في عدة مواضع منها ما يأتي في المصنف قريبا فيما اذا وطأها المالك و بذلك يندفع عنه اشكال جامع المقاصد كما ستسمع واما ان الولد ينعقد حرا فلمكان مسيس الملك ولا يشترط فيه جهالته بالتحريم بل لو علم بالتحريم حينئذ لحق به الولد لان اعتبار الملك يخرجه عن كونه زانيا كما عرفت والنسب وحرية الولد لايتبعضان واما ان عليه قيمتها فلانها صارت أم ولد ومعناه أنه تقوم عليه حصة الشريك حين الحمل لا بنفس الوطئ والمعتبر قيمتها عند

وليس للمالك وطؤ الامة أيضا فان فعل فهي أم ولد ان علقت ولا حد وتحتسب قيمتها وتضاف اليها بقية المال وان كان فيه ربح فللعامل حصته ولو أذن له المالك في شراء أمة يطأوها قيل جاز والاقرب المنع ثم لو أحله بعد الشراء صح وليس لاحدهما تزويج الامة ولا مكاتبة العبد (متن)

الوطئ أو يوم التقويم أو الا كثر أقوال أقواها الاول والتقويم والبيع تمريان وعليه قيمة الولد يوم سقط حيا على تقدير كونه عبدا ويسقط من قيمته ماقابل نصيبه كما بينا ذلك كله في باب البيع والنصب مسبغاً ﴿ قوله ﴾ ﴿ وليس للمالك وطؤ الامة أيضا ﴾ كما في المبسوط والمهذب والتذكرة والتحرير وجامع المقاصد وفي الاول كما هو قضية اطلاق الاخيرين انه لافرق بين أن يكون هناك ربح أم لا لان حق العامل قد تعلق بها والوطئ ينقصها ان كانت بكرا ويعرضها للخروج عن المضاربة والتلف ولانه ربما يؤدي الى احبالها بل قال في التذكرة ان انتفاء الربح في المتقومات غير معلوم وأما يتيقن الحال بتنضيض المال واما لو تيقن عدم الربح فالاقرب أنه يجوز له الوطئ وقال اذا قلنا بالتحريم ووطئ فالاقرب انه لايكون فسخا (وفيه) انه ينبغي حينئذ ان لايجوز له الوطئ حتى يفسخ وان لم يكن ربح لثبوت علاقة العامل بها ثم انهم قد عدوا الوطأ من البائع ذي الخيار فسخا فينبغي ان يكون كذلك ثم ان قوله أما لو تيقن الى آخره ينافي اطلاق قوله ليس له أن يكاتب عبد القراض الا برضا العامل ﴿ قوله ﴾ ﴿ فان فعل فهي أم ولد ولا حد ﴾ كما في التذكرة وفي (جامع المقاصد) اما صيرورتها أم ولد فلا بحث فيه وأما أنه لاحد فلانها اذا لم يظهر ربح ملك له خاصة وأما مع الظهور فقد قال في التذكرة فلان الشبهة حاصلة اذ جماعة يقولون بأنه ليس للعامل فيها شيء الا بعد البيع وظهور الربح والقسمة وقد عرفت آنفا ان من الشبهة مسيس الملك وحصوله ولو بجزء فيها كما صرحوا به في باب البيع ولا حاجة الى تحصيلها من وقوع الخلاف مع أنه يلزم ان كل ما وقع فيه الخلاف يعد شبهة ثم ان المالك قد يكون مجتهداً قايلا باستحقاق العامل الربح بظهوره فكيف يعد ذلك شبهة بالنسبة اليه ثم انا لم نجد القائل منا بانه ليس للعامل فيها شيء الا بعد البيع وظهور الربح والقسمة كما ستسمع وقد أشكل الامر في ذلك على المحقق الثاني لما رأى عدم صحة تعليل التذكرة ولم يكن عنده غيره مع أنه جزم بما قلناه في باب البيع فيما اذا وطأ أحد الشريكين حيث قال لان له فيها حقا فاعتباره يخرجه عن كونه زانيا ﴿ قوله ﴾ ﴿ وتحتسب قيمتها و يضاف اليها بقية المال وان كان فيه ربح فللعامل حصته ﴾ قال في التذكرة أنها تصير ام ولد وتخرج من المضاربة ولا تحسب قيمتها و يضاف اليها بقية المال فان كان ربح فللعامل أخذ نصيبه منه وهو الصحيح ولم يتضح لناوجه ما في الكتاب اذمعناه أنها تحتسب قيمتها وتدفع الى العامل ويضاف اليها بقية المال ليكون الجميع رأس مال القراض لان العقد لا يبطل بذلك وأنه اذا كان في المأخوذ قيمة ربح فللعامل أخذ حصته منه لانه قد نض (وفيه) ماقاله في جامع المقاصد من أنه ان كان ذلك فسخا للقراض لم يكن لاضافة بقية المال اليها معنى بل لا بد من عقد جديد وان لم يكن فسخا فلك العامل لا يستقر على الحصة من الربح بذلك ﴿ قوله ﴾ ﴿ ولو أذن له المالك في شراء أمة يطأها قيل جاز والاقرب المنع ثم لو أحل بعد الشراء صح ﴾ قد تقدم الكلام فيه آنفا مسبغا ﴿ قوله ﴾ ﴿ وليس لاحدهما تزويج الامة ولا مكاتبة العبد ﴾ كما في المبسوط والمهذب والتذكرة والتحرير وجامع المقاصد ووجهه في العامل فيهما ظاهر وأما في المالك في

فان اتفقا عليهما جاز وليس له ان يخلط مال المضاربة بماله الا مع اذنه فيضمن بدونه ولو قال اعمل برأيك فالاقرب الجواز وليس له ان يشتري خمراً ولا خنزيراً اذا كان احدهما مسلماً وليس له ان يأخذ من آخر مضاربة ان تضرر الاول الا باذنه (متن)

التزويج فلان القراض لا يرتفع بالتزويج وهو ينقص قيمتها فيتضرران به وأما في الكتابة فلان وضع القراض على الاكتساب بالبيع والشراء وما في معناها والكتابة اكتساب آخر ﴿ قوله ﴾ ﴿ فان اتفقا عليهما جاز ﴾ كما في الكتب الخمسة المتقدمة لان الحق لهما لا يعدوهما وفي (جامع المقاصد) أنه لا بحث فيه ﴿ قوله ﴾ ﴿ وليس له أن يخلط مال المضاربة بماله الا مع اذنه فيضمن بدونه ﴾ كما في المبسوط والمهذب والسرائر والتذكرة والتحرير وجامع المقاصد وكذا الايضاح لان الشركة عيب لم يأذن له فيه ولانه صيره كالتالف لانه لا يقدر على رد المال بعينه فكان كالمودع والوكيل فاذا فعل كذلك فقد تعدى فيضمن ويأثم ويكون الربح على ما شرطاه كما في التحرير كما تقدم مثله ﴿ قوله ﴾ ﴿ ولو قال اعمل برأيك فالاقرب الجواز ﴾ كما هو خيرة التذكرة والايضاح وجامع المقاصد وبه قال اكثر العامة لانه قد جعل النظر في المصلحة وفعلها موكلا اليه وربما رأى الخلط المضاربة في المزج لانه أصلح فيدخل تحت عموم اعمل برأيك لانه مصدر مضاف الى معرفة فكانه قال له اعمل بكل ما تراه في كل موضع على ان أهل العرف لا يفهمون منه العمل برأيه وقاما فلا يلتفت الى ما قيل ان الرأي مصدر لا عموم فيه وقال الشافعي ليس له ذلك لان ذلك ليس من التجارة (وفيه) انه اذا كان فيه غبطة كان من توابعها وقد حكى الشارحان ذلك قولا وظاهرهما انه لنا ولم نجده الا للشافعي ﴿ قوله ﴾ ﴿ وليس له ان يشتري خمراً ولا خنزيرا اذا كان احدهما مسلما ﴾ كما في الخلاف والمبسوط والسرائر والتذكرة والتحرير وجامع المقاصد بل قد نص على عدم الجواز اذا كان العامل ذميا فيما ذكر لمكان قول ابي حنيفة انه اذا كان العامل ذميا جاز له بيعهما وشراهما وقول أبي يوسف أنه يصح منه الشراء ولا يصح منه البيع لانه وكيل والوكيل يدخل ما يشتريه أولا في ملكه ولو كانا ذميين جاز كما في التذكرة وجامع المقاصد وهو قضية البقية ومثلهما أم الولد وكل ما لا يجوز للمسلم شراؤه فان فعل ضمن كما في المبسوط عالما كان أو جاهلا كما في التذكرة والوجه في الجميع واضح حتى ضمانه مع الجهل ﴿ قوله ﴾ ﴿ وليس له ان يأخذ من آخر مضاربة ان تضرر الاول الا باذنه ﴾ كما هو خيرة جامع المقاصد والحنابلة واطلق في التحرير قال يجوز للعامل ان يعامل آخر ويسعى بالمالين وظاهر التذكرة التوقف حيث حكى القولين عن العامل من دون ترجيح لاحدهما حكى الجواز عن أكثر الفقهاء والمنع عن الحنابلة وحكى في حجة المجوزين انه عقد لا يملك به منافعه باسرها فلم يمنع من المضاربة كما لو لم يكن فيه ضرر وكالاجير المشترك وفي حجة المانعين بان المضاربة مبنية على الحظ والنماء فاذا فعل ما يمنعه لم يكن له لو أراد التصرف في الدين وزاد في جامع المقاصد في رد حجة المجوزين انه وان لم يكن ملك منافعه باسرها لكنه تعين عليه صرفها في العمل للقراض الاول بمقتضى العقد ولهذا لا يجوز له ترك المال بغير عمل ولا التقصير عن العمل التي جرت به العادة انتهى (وفيه) انه اذا كان العقد جائزا لم يكن يقتضي العقد وجوب صرفها في ذلك كما هو ظاهر على ان وجوب صرفها في ذلك هو معنى ملكه منافعه باسرها وما استند اليه في محل المنع ولعله لذلك اطلق في التحرير واطبق العامة عدا الحنابلة

فان فعل وربح في الثانية لم يشاركه الاول ولو دفع اليه قراضا وشرط ان يأخذ له بضاعة
فالاقوى صحتهما ولو قارض اثنان واحدا وشرطا له النصف وتفاضلا في الباقي مع تساوي
المالين أو بالعكس فالاقوى الصحة (متن)

الظاهرية على الجواز وقد مثلوا التضرر بان يكون المال الثاني كثيراً يشغله عن السعي في الاول
أو يكون المال الاول كثيرا متى اشتغل عنه بغيره انقطع عن بعض تصرفاته فيه وفات بعض مصالحه
(وقال في التذكرة) اذا لم يتضرر الاول بمعاملة الثاني جاز اذن له الاول ام لم يأذن قولا واحدا
﴿ قوله ﴾ ﴿ فان فعل وربح في الثانية لم يشاركه الاول ﴾ اي فان أخذ مضاربة بدون اذن
الاول مع تضرره وعمل فيها وربح كان للعامل حصته من الربح ولم يشاركه فيه الاول وهو خيرة التذكرة
على تقدير القول بالمنع وجامع المقاصد والتحرير وقالت الحنابلة بان يشاركه الاول فيأخذ العامل نصيبه
من ربح الثانية ويضمه الى ربح المضاربة الاولى ويقاسمه رب الاولى وهو ليس من مواضع انظار
العلماء لان الربح انما يستحق بمال أو عمل وليس لرب الاولى في الثانية عمل ولا مال وتعدي المضارب
بترك العمل لايوجب عوضا كما لوترك التجارة واشتغل بالعلم أو غير ذلك ولو أوجب عوضا لم ينحصر
بقدر ربحه في الثانية بل كان شيئا مقدراً لايختلف ﴿ قوله ﴾ ﴿ ولو دفع اليه قراضا وشرط ان
يأخذ له بضاعة فالاقوى صحتهما ﴾ اي القراض والشرط وقد اسبغنا فيه الكلام في الباب وذكرنا
خلاف المبسوط والمهذب ﴿ قوله ﴾ ﴿ لو قارض اثنان واحداً وشرطا له النصف وتفاضلا في
الباقي مع تساوي المالين أو بالعكس فالاقوى الصحة ﴾ كما هو خيرة التذكرة والمختلف وجامع المقاصد
والمسالك وقيد في الاخيرين بما اذا اطلقا شرط النصف له من غير تعيين لما يستحق على كل واحد قلت
هو المفروض في مثالهم وكلامهم وقد جزم في المبسوط والمهذب بفساد هذه الصورة وتردد في ذلك
في الشرائع بعد ان جزم أولا بالفساد والتوقف ظاهر الايضاح وجزم في الخلاف والتذكرة بالصحة فيما
اذا قالا لك النصف من الربح ثلثه من مال هذا وثلثاه من مال الآخر والنصف الآخر بيننا نصفين
واختير في المبسوط وجامع الشرائع خلاف ما في الخلاف ولا ترجيح في ذلك في التحرير (وتنقيح البحث)
في المسئلة ان يقال انه اذا تساوى المالان ففيه ست مسائل يجب بيانها ومنها يعرف ماعداها (الاولى)
ان يدفعا اليه الفا مثلا بان يكون له النصف متساويا بمعنى انه يأخذ من أحدهما نصفه ومن الآخر نصفه
والنصف الباقي يقسم بينهما أيضا (والثانية) ان يكون له النصف متفاوتا والنصف الباقي يقسم بينهما
متفاوتا ومعنى أخذ العامل نصفه متفاوتا وان النصف الآخر يقسم بينهما متفاوتا ان العامل يأخذ من
ربح احدهما ثلثه مثلا ومن الآخر ثلثيه كان يكون الربح ثمانية عشر فيأخذ العامل نصفه وهو التسعة
من زيد ثلثه لانه شرط له الثلث ومن عمرو سته لانه شرط له الثلثين ويقسمان النصف الباقي بالتفاوت
فيأخذ الثلثين من شرط له الثلث والثلث من شرط له الثلثين (الثالثة) ان يقولا لك النصف متفاوتا ثلثه
من مال شريكي وثلثاه من مالي ونقسم النصف الباقي بيننا نصفين (الرابعة) ان يقولا ان لك النصف
متساويا مني نصفه ومن شريكي نصفه والنصف الآخر نقسمه بيننا اثلاثا (الخامسة) ان يقولا لك
النصف ويسكتا بان لم يبينا أنه على التساوي أو على التفاوت ويقولا ان النصف الآخر نقسمه اثلاثا
(السادسة) عكسها وهي ان يقولا لك النصف متفاوتا والنصف الآخر بيننا ولم يبينا انهما يقسمانه على

ولو كان العامل اثنين وساواهما في الربح صح (متن)

التفاوت أو على السويه اذا عرفت هذا فالصحة في المسئلتين الاولين مما لانزاع ولاخلاف فيها (واما الثالثة) فالصحة فيها خيرة الخلاف والتذكرة بل في الاول انه الذي يقتضيه مذهبنا والفساد خيرة المبسوط وجامع الشرائع ولاترجيح في التحرير فمستند الصحة العمل بالشرط وعمومات الايفاء بالعقود وان القراض كما في المختلف عقد مستقل بنفسه وقد ثبت على شرط صحيح ولا يضره وجوب تساوي الشريكين في الربح عند تساوي المالين على ان عدم الوجوب مذهب جماعة وهو الذي قضت به الادلة وقد جوز جماعة كثيرون في باب الشركة اشتراط التفاوت في الربح مع تساوي المالين وان لم يكن هناك عمل لهما ولا لاحدهما فليلحظ ووجه البطلان الربح تابع للمال فاذا شرطا له النصف متفاوتا كان النصف الآخر بينهما متفاوتا لا متساويا فان من شرط له ثلثي ربحه يجب ان يأخذ من الباقي ثلثه لا نصفه (واما الرابعة) فقضية كلام المبسوط والمهذب الجزم فيها بالفساد لانهما جزما به في الخامسة فيلزمهما ذلك في هذه بالاولى ولا يلزم القائلين بالصحة في الخامسة القول بها في الرابعة نعم يلزم من القول بالصحة في الثالثة القول بها هنا (وأما الخامسة) فهي المفروضه في عبارة الكتاب وقد عرفت القائلين فيها بالصحة والقائلين بالفساد ونحن نردد أو ظاهره ذلك ويلزم القائل بالصحة في الثالثة القول بها هنا ومستند الصحة هنا هو عين ما تقدم في الثالثة مع زيادة ان مرجع ذلك الى ان أخذ الفضل يكون من حصة العامل لا من حصة الشريك لان الاصل لما اقتضى التساوي في الربح مع التساوي في المال كان شرط التفاوت المذكور منصرفا الى حصة العامل بمعنى ان مشترط الزيادة يكون قد جعل للعامل اقل مما جعله له أخذ النقيصة وهو جائز فينزل اطلاق العقد على هذا الفرد تغليبا لجانب الصحة وعملا بالعمومات فيكون نصف الشريك متفاوتا كنصف المالكين فرجع الى المسئلة الثانية التي هي محل وفاق قولك ان اطلاق النصف يتبادر منه كونه أخذ من كل نصفه لا أنه أخذ من أحدهما ثلثه ومن الآخر ثلثيه فحمله على الثاني دون الاول ترجيح بلا مرجح أو عدول عن الراجح واليه نظر المبسوط وما وافقه وفيه ان المرجح ما قد عرفت من التغليب والعموم والانصاف أنه لا يفهم ولا يتبادر من شرط النصف له ولو ذكر معه ما بعده الا انه يأخذه من كل منهما متساويا (وأما السادسة) فالحال فيها كالحال في الخامسة لانها عكسها بل قد تدعي ان الصحة فيها اظهر ثم عد الى العبارة اذ مقتضى اطلاقها انه لا فرق بين كون المالين ممتزجين وعدمه وانه لا فرق بين كون حصة العامل مشروطة من مجموع ربح المالين أو من ربح كل منهما وحده ومحل النزاع الاول واما اذا شرطت حصة العامل من نصيب كل منهما بخصوصه فان صحة العقد والشرط تبنى على ما سبق في الشركة اذا كان المالان ممتزجين وقد سبق للمصنف ان الصحة مشروطة بما اذا عملا أو أحدهما وذلك لا يجري هنا لان العامل غيرهما وعلى ما اخترناه من صحة اشتراط التفاوت مع التساوي وبالعكس كانت المسائل الست صحيحة عندنا واما صورة العكس في العبارة فتعرف مما سلف (وقال في جامع المقاصد) اذا عرفت ما قررنا ولحظت كلام الشارح الفاضل عرفت انه غير واف بحل العبارة ونحن نقول اذا عرفت ما قررنا ولحظت كلامه وكلام غيره عرفت انه غير واف في تحرير المسئلة واستيفاء اطرافها ونقل خلافها ومن الغريب أنه وصاحب المسالك لم ينقلا في المسئلة خلافا من أحد فلا أقل من ملاحظة المختلف ان لم يتيسر لهما ملاحظة الخلاف والمبسوط والمهذب وجامع الشرائع بل كأن المحقق الثاني لم يراجع الشرائع ﴿ قوله ﴾ ﴿ ولو كان العامل اثنين فساواهما في الربح صح ﴾

وان اختلفا في العمل ولو أخذ من واحد مالاً كثيرا يعجز عن العمل فيه ضمن مع جهل المالك ولو اخذ مائة من رجل ومثلها من آخر واشترى بكل مائة عبدا فاختلطا اصطلحا واقرع (متن)

كما اذا قال لكما نصف الربح فانه يصح ويكونان فيه سواء كما في المبسوط والمهذب والشرائع والتذكرة والتحرير والارشاد وجامع المقاصد والمسالك والروض ومجمع البرهان اما الصحة مع التعدد فلاشك فيها كتساويهما مع التصريح به كما هو ظاهر العبارة وأما التساوي مع الاطلاق كما هو المفروض في المبسوط والمهذب والشرائع فلان الاصل عدم التفضيل كما هو الشأن في غيره من الوصايا والوقوف والنذور والهبات وغيرها ﴿ قوله ﴾ ﴿ وان اختلفا في العمل ﴾ كما في التحرير وهو قضية اطلاق الباقين لان عقد الواحد مع اثنين كعقدين ويصح في العقدين ان يجعل لكل واحد منهما نصف الربح وان اختلفا عملا على ان مالكا لم يخالف في ذلك وانما منع من المفاوتة بين العاملين اذا قارضهما في عقد واحد قياساً على شركة الابدان كما حكاه عنه جماعة وحكى عنه في المسالك على الظاهر أنه اشترط مع ذلك التساوي في العمل وقد نص في الشرائع والتذكرة والتحرير والمسالك على أنه يصح تفضيل احدهما وان تساويا في العمل لان أمر الحصة على ما يشترطانه مع ضبط مقدارها ولان العقد مع اثنين بمنزلة عقدين ﴿ قوله ﴾ ﴿ ولو اخذ من واحد مالا كثيرا يعجز عن العمل فيه ضمن مع جهل المالك ﴾ كما في المبسوط والمهذب والشرائع والتحرير والارشاد والروض والمسالك ومجمع البرهان غير انه لاتقييد في الثلاثة الاول بجهل المالك بل اطلق فيها الضمان لكنه مراد جزما لانه مع عجزه يكون واضعا يده عليه على غير الوجه المأذون فيه لان تسليمه اليه انما كان ليعمل فيه فكان ضامنا وهذا مع جهله واما مع علمه فلا ضمان اما لقدومه على التفويت او لانه يكون كالاذن له في التوكيل والمراد بالعجز عن التصرف في المال وتقليبه في التجارة وهذا يحصل حال العقد فمن ثم فرقوا بين علمه وجهله وظاهر عباراتهم انه يضمن الجميع لان وضع يده عليه غير مشروع وقد يمنع عدم مشروعية وضع اليد على الجميع للاصل وان عدم القدرة انما هو على تلك الزيادة فلا يتعدى المنع الى غيرها فلا يضمن الا الزائد الذي لا يقدر على التصرف فيه وحفظه (وقال في المسالك) وهل يكون ضامنا للجميع او القدر الزائد على مقدوره قولان ثم قوى ضمان الجميع لعدم التمييز والنهي عن أخذه على هذا الوجه ثم قال وربما قيل انه اخذ الجميع دفعة ضمن الجميع وان اخذ مقدوره ثم اخذ الزائد ولم يمزجه ضمن الزائد خاصة ثم قال ويشكل بانه بعد وضعه يده على الجميع عاجز عن المجموع من حيث هو مجموع ولا ترجيح الآن لاحد اجزائه اذ لو ترك الاول وأخذ الزيادة لم يعجز انتهى (وفيه أولا) انا لم نجد هذين القولين ولا القول بالتفصيل الخاصة ولا العامة ولا حكاها غيره (وثانيا) أنه ان كان أخذ الجميع بعقد واحد فلا فرق بين الاخذ بالتدريج وعدمه لان وضع اليد على الكل ممنوع فيكون ضامنا للجميع وعليه ينزل اطلاق العبارات وان كان قد أخذه بعقدين فصاعدا بطل العقد المشتمل على الزيادة ومجرد وضع اليد على الكل مع تعدد العقد لايوجب ضمان الكل فلم يتجه القول ولا الاشكال ومثل العجز عن المال لكثرته العجز عنه لضعفه مع قلته كما في المبسوط والمهذب والتحرير ولو تجدد وجب عليه رد الزائد عن مقدوره ﴿ قوله ﴾ ﴿ ولو أخذ مائة من رجل ومثلها من آخر واشترى بكل مائة عبدا واختلطا اصطلحا أو اقرع ﴾ أما اذا اصطلحا وتراضيا فلا بحث كما في جامع المقاصد وان تشاحا أقرع لان كل امر مشكل فيه القرعة وقال في

﴿ المطلب الرابع ﴾ العامل يملك الحصة من الربح بالشرط (متن)

(التذكرة) الشافعية قول غريب ان العبدين يبقيان على الاشكال الى أن يصطلحا انتهى فتأمل وفي (المبسوط والمهذب والتذكرة والتحرير) أنهما يباعان ويدفع الى كل واحد منهما نصف الثمن فان كان هناك فضل أخذ كل منهما رأس ماله واقتسما الربح على الشرط (وقال في المبسوط) أنه المنصوص لاصحابنا وقال فان كان فيه خسران فالضمان على العامل لأنه فرط في الخلط ومعناه كما هو صريح التذكرة والتحرير أنه لو كان الخسران لانخفاض السوق لم يضمن لانه يزيد على الناصب ثم أنه قوى في المبسوط القرعة ورده في المهذب بأنه منصوص فلا وجه للقرعة ولعلهما أشارا الى خبر اسحق بن عمار كما ستسمعه وفي (المختلف) ان كلا من القولين جائز لان النص ورد في الثوبين ولم يذكر فيه المضاربة بل الابضاع وفي طريق الرواية قول والقول بالقرعة ليس بعيداً من الصواب انتهى وقد تقدم لنا في باب الصلح أنه يمكن عد الرواية من الحسان ومن الصحاح وظاهر كلام الكتب المذكورة عدا المهذب والتذكرة أنهما مخيران بين بيعهما منفردين أو مجتمعين ان أمكن كل منهما وان الربح يقسم عليهما وان بيعا منفردين وكان الربح في أحدهما وان ذلك على سبيل القهر ان تعاسر (الا ان تقول) ان مرادهم في الكتب الاربعة أنهما يباعان معا قهراً كما في كل مال ممتزج غير متميز كما نبه عليه في المهذب والتذكرة حيث استدلا على ذلك فيهما بالخبر الآتي لانه قد تقدم في باب الصلح للمصنف أنه لو اشترى لرجلين ثوبين واشتبها انهما يباعان معا منفردين فان تساويا في الثمن فلكل مثل صاحبه وان تفاوتا فالاقل لصاحبه ومعناه انهما يباعان مجتمعين حيث لا يمكن الانفراد لعدم الراغب والحال انهما تعاسرا أي لم يخير أحدهما صاحبه صار كالمال المشترك شركة اجبارية كما لو امتزج الطعامان فيقسم الثمن على رأس المال وعليه تنزل الرواية كما ستسمعها وان أمكن بيعهما منفردين وجب فان تساويا فلكل واحد ثمن ثوب وان اختلفا فالاكثر لصاحب الاكثر والاقل لصاحب الاقل بناء على الغالب من عدم الغبن وان امكن خلافه الا أنه نادر لا أثر له شرعا وقد روى اسحق بن عمار عن الصادق عليه السلام أنه قال في الرجل يبضعه الرجل ثلاثين درهما في ثوب وآخر عشرين في ثوب فبعث الثوبين فلم يعرف هذا ثوبه وهذا ثوبه قال يباع الثوبان ويعطى صاحب الثلاثين ثلاثة أخماس الثمن والآخر خمسي الثمن قال قلت فان صاحب العشرين قال لصاحب الثلاثين اختر ايهما شئت قال قد أنصفه وقد عمل بها الاصحاب في باب الصلح على ان ذلك قهري وقال جماعة أنه لا يتعدى بها الى غير موردها من الثياب المتعددة والاثمان والامتعة واحتمل آخرون التعدية لاتحاد الطريق وتمام الكلام في باب الصلح ومما يشبه مسئلة الثوبين ما لو أودعه رجل درهمين وآخر درهما وامتزجا لا بتفريط وتلف أحدهما

﴿ قوله ﴾ ﴿ المطلب الرابع العامل يملك الحصة من الربح بالشرط ﴾ كما صرح به في الاستبصار لانه جعله عنوان الباب والنهاية فيما اذا اشترى العامل أباه أو ولده وفيما اذا ضارب بمال اليتيم وفيما اذا خالف أمر المالك وغير ذلك من كلامه فيها وبه طفحت عبارة الخلاف والمبسوط في الباب وباب الزكوة والمهذب فيما يقرب من عشرين موضعا منه وفقه الراوندي والوسيلة والغنية والسرائر وجامع الشرائع والشرائع والنافع وكشف الرموز والتذكرة والتحرير والارشاد وشرحه لولده والتبصرة والمختلف والايضاح واللمعة وغاية المراد والمهذب البارع والمقتصر والتنقيح وجامع المقاصد والروض

دون الاجرة على الاصح ويملك بالظهور لا بالانضاض على رأي (متن)

والمسالك والروضة ومجمع البرهان والكفاية والمفاتيح والرياض وهو المحكي عن أبي علي وهو قول جميع المسلمين كما في الروضة وقول جميع العلماء على اختلاف مذاهبهم الا قليلا من أصحابنا كما في المسالك والكفاية والا شذوذا من اصحابنا كما في المفاتيح وعليه الاجماع كما في السرائر وهو المشهور كما في المهذب البارع والمقتصر والمشهور المفتى به كما في التنقيح وعليه الاكثر كما في جامع المقاصد وعامة من تأخر كما في الرياض والقول بالخلاف نادر كما في الروضة بل فيها ان اجماع المسلمين يدفعه والمخالف المفيد في المقنعة قال وللمضارب أجر مثله والربح كله لصاحب المال وقال أيضا انه ان شاء اعطاهما شرطه له في الربح وان شاء منعه وكان عليه أجرة مثله وقال في موضع من النهاية للمضارب أجرة المثل والربح لصاحب المال وقد روي أنه يكون للمضارب من الربح بقدر ما وقع الشرط عليه من نصف أو ربع (وقال في المراسم) المضاربة أن يسافر رجل بمال رجل فله أجرة المثل ولا ضمان عليه (وقال في الكافي) اذا دفع المرء لغيره مالا ليتجر به أو متاعا ليبيعه وجعل له قسطا من الربح لم ينعقد بينهما شركة وانما له في الحكم اجرة مثله دون ما شرطه والاولى الوفاء به وبهذا صرح في الخلاف وقد حكاه في المختلف عن ظاهره وقد حكاه عن القاضي ولم نجد له أثراً في المهذب بل سمعت ما وجدناه وقد حكى الجماعة كلام المختلف حرفا لحرفا مستريحين اليه كما أنه في السرائر لم يحك الخلاف الا عن النهاية مع انه موافق فيها للاصحاب في عدة مواضع وقد رد في السرائر كلام النهاية باجماعنا وتواتر اخبارنا في ان المضارب اذا اشترى أباه أو ولده وكان فيه ربح انعتق عليه وهو دليل متين لكن ليس في ذلك في الجوامع العظام الا خبران لكن الاخبار الدالة على ذلك غير هذين الخبرين كثيرة مصرحة في الربح بالشركة وان الربح بينهما على حسب ما شرط ولو كان مستحقا للاجرة لكان ذلك على المالك لا على الربح وقد استدل المصنف وولده والكركي على المشهور بعمومات الايفاء بالعقود والشروط (وفيه) أنها تفيد الوجوب من حين ايقاعهما وهو كما ترى (الا أن تقول) أنها تفيده من حين ظهور الربح فيتم الاستدلال وقد انتهض الجماعة لتأويل كلام المخالفين (قال في كشف الرموز) قال صاحب الواسطة يحمل قول المفيد على الوجوب وقول المفلم على الاستحباب قال وحمل بعض الاصحاب كلام المفيد على ما اذا كانت فاسدة قلت كلام ابي الصلاح صالح للامرين لانه جعل دفع المال للمضارب نحو دفع المتاع ليبيعه سواء وقال الاولى الوفاء به وقد احتج المصنف وولده لهم بان المضاربة معاملة فاسدة والنماء تابع للاصل وحكي في ايضاح النافع عن المحقق انه قال لا اعرف لهم مستندا يصح الاعتماد عليه فان تمسكوا بان الحصة مجهولة ليس بشيء لانه اجتهاد في مقابلة النص والشهرة ويرد مثله في المزارعة وفي كلام النهاية حيث لم يجوز المضاربة بالدين مايدل على ان هناك مضاربتين صحيحة وفاسدة فكلامها شديد الاضطراب غير ملتئم الاطراف وكلام المراسم فيه اختصار مخل جدا وكلام الكافي في الباب غير كاف ونحوه كلام المقنعة ﴿ قوله ﴾ ﴿ دون الاجرة على الاصح ﴾ لعل الاصح عدم التعبير بالاصح وان عبر به في الشرائع ايضا لان الحكم من القطعيات التي لايحرم حولها الشك ﴿ قوله ﴾ ﴿ ويملك بالظهور لا بالانضاض على رأي ﴾ هو الاظهر في روايات اصحابنا كما في المبسوط وبه صرح في الشرائع والنافع والتذكرة والتحرير والارشاد والتبصرة والايضاح وايضاح النافع وجامع المقاصد

والروض والمسالك ومجمع البرهان والكفاية والمفاتيح وكذا اللمعة والروضة وفي (مجمع البرهان والكفاية) انه المشهور وفي (المسالك) انه المشهور بل لا يكاد يتحقق مخالف منا ولا نقل في كتب الخلاف احد من اصحابنا ما يخالفه ونحوه ما في المفاتيح وهو غريب منهما اذ قد قال في المسالك بعد ذلك ونقل الامام فخر الدين عن والده في هذه المسئلة أربعة أقوال فتأمل جداً وقد قال في جامع المقاصد اختلفت الفقهاء في وقت ملكه اياه على أقوال اصحها انه يملكه حين الظهور الى آخره وفي (التذكرة وجامع المقاصد) في ماذا وطأ المالك امة القراض ان جماعة يقولون انه ليس للعامل فيها شيء الا بعد البيع وظهور الربح والقسمة (وقال في التذكرة) ماذا وطأ العامل وان كان ربح فهي مشتركة على أحد القولين (وقال في التنقيح) وقيل يملك بالانضاض ومثله ايضاح النافع بل ظاهر التنقيح التوقف في المسئلة ومسئلة ما اذا اشترى من ينعتق عليه وفي عدة مواضع من التحرير ان قلنا أنه يملك بالظهور وان قلنا أنه لا يملك به الى غير ذلك فالخلاف محكي في كتب اصحابنا وأنهم على قولين ولم يحك في المبسوط والتذكرة الا قولان لكن اختلفت الحكاية في القولين فبعض أنه المشهور وأنه يملك بالانضاض وآخرون أنه المشهور وأنه يملك بالقسمة ثم طفحت عباراتهم وفصحت اجماعاتهم بان العامل اذا اشترى من ينعتق عليه وظهر ربح انه ينعتق عليه كما تقدم بيانه آنفا وبه نطق صحيح محمد بن قيس (قال) قلت لابي عبد الله عليه السلام رجل دفع الى رجل الف درهم مضاربة فاشترى أباه وهو لا يعلم قال يقوم فان زاد درهما واحدا انعتق واستسعي في مال الرجل وقد تقدم الكلام فيه وأنه دليل واضح بل قد ادعى في السرائر تواتر الاخبار في ذلك كما عرفت مضافا الى اطلاق الاخبار بكون الربح بين المالك والعامل وهي كما تتناول ما بعد القسمة كذلك تتناول حال الظهور وان سبب الاستحقاق هو الشرط الواقع في العقد وان الظاهر ان له مالكا وليس غير العامل لان رب المال لا يملكه اتفاقا كما في المسالك ولا مالك غيرهما اتفاقا (وقال في الايضاح) الذي سمعناه من والدي المصنف ان في هذه المسئلة ثلاثة أقوال (الاول) انه يملك بمجرد الظهور (الثاني) أنه يملك بالانضاض لانه قبله غير موجود خارجا بل مقدر موهوم ثم يثبت له بالظهور حق مؤكد فيورث عنه ويضمنه المتلف له لان الاتلاف كالقسمة (الثالث) أنه يملك بالقسمة لانه لو ملك قبلها لكان شريكا في المال فيكون النقصان الحادث شائعا في المال فلما انحصر في الربح دل على عدم الملك ولانه لو ملكه لاختص بربحه (الرابع) ان القسمة كاشفة عن ملك العامل لانها ليست بعمل حتى يملك بها انتهى ما أردنا نقله من كلامه وقد جعل الاقوال ثلاثة وذكر أربعة (وكيف كان) فهي اجتهادات في مقابلة النصوص المعتبرة بل في الايضاح أنها متواترة وتمنع عدم وجود الربح قبل الانضاض لعدم انحصار المال في النقد فاذا ارتفعت قيمة العروض فرأس المال منه ما قابل رأس المال والزائد ربح وهو محقق الوجود ثم ان الدين مملوك وهو غير موجود في الخارج وتمنع الملازمة بين الملك وضمان الحادث على الشياع لان استقراره مشروط بالسلامة فلا منافاة حينئذ بين ملك الحصة وعدم ملك ربحها بسبب تزلزل الملك ولو اختص بملك نصيبه لاستحق أكثر مما شرط له ولا يثبت بالشرط ما يخالف مقتضاه كذا قالوا والاجود ان يقال أنه شريك في المال بقدر حصته وبالجملة شريك في الربح فالنقصان الحادث شائع في المال بقدر حصته وانحصاره في الربح دليل على ذلك ومنع الملازمة ممنوع كما ان تمنع المنافاة فانا نمنع تماء المبيع في زمن الخيار للمشتري قالوا وبعض هذه وان كان لا يخلو عن نظر لكن الامر سهل اذ المدار في المسئلة على الاخبار

ملكا غير مستقر وانما يستقر بالقسمة أو بالانضاض والفسخ قبل القسمة ولو اتلف المالك أو الاجنبي ضمن لحصته ويورث عنه (متن)

والاجماعات في مسئلة ما اذا اشترى أباه ﴿ قوله ﴾ ﴿ ملكا غير مستقر وانما يستقر بالقسمة ﴾ كما في التحرير وقضية مقابلة القسمة في الكتابين بالانضاض كما يأتي انه يستقر بها وان كان بعض المال أو كله عروضا والمراد قسمة الربح اذ ليس له في رأس المال شركة (وفيه) ان قسمة الربح وحدها لا توجب الاستقرار من دون فسخ القراض ولا تخرجه عن كونه وقاية لرأس المال كما يأتي للمصنف التصريح بذلك في الكتاب فالمدار على الفسخ (قال في الايضاح) يستقر بارتفاع العقد وانضاض المال والقسمة عند الكل وفي (جامع المقاصد) أنه لا بحث فيه وستسمع ما في المسالك ﴿ قوله ﴾ ﴿ أو الانضاض والفسخ قبل القسمة ﴾ هذا هو الاقرب كما في التذكرة وفي (المسالك) انه قوي و به جزم في جامع المقاصد واستشكل فيه في التحرير من جهة ان العقد قد ارتفع والمال قد نض غاية الامر أنه لم يقسم الربح فيخرج بالانضاض والفسخ عن كونه وقاية ومن ان القسمة من تتمة عمل العامل وفي (التذكرة) أنه ليس شيئا قلت لخروجه عن كونه مال قراض بتميز رأس المال وارتفاع العقد ومنه يعلم أنه لا يصح التمسك باستصحاب أنه كان بحيث لو تلف جبر بالربح والا لورد مثله فيما اذا قسم ولم يقبض لكنه لا يخرج عن ضمانه حتى يؤديه وفي (جامع المقاصد) أنه لا ريب في ضعف التردد وظاهر عبارة الكتاب والتذكرة والتحرير يقتضي اعتبار انضاض جميع المال وظاهر الايضاح أنه يكفي انضاض قدر رأس المال و به صرح في جامع المقاصد وكذا المسالك والكفاية واما اذا قسم حينئذ فظاهر الاول انه يستقر عند الكل وصرح في الثاني بانه لا بحث فيه وهو كذلك لانه نهاية الحال وظاهر العبارات الثلاث ان انضاض قدر الربح لا اثر له وانه لا يستقر اذا حصل الفسخ والمال عروض كله أو بعضه بحيث لم ينض رأس المال على القول بوجوب الانضاض على العامل نعم ان حصلت قسمة مع ذلك حصل الاستقرار لانقطاع حكم القراض هذا وفي (المسالك) أنه على تقدير الملك بالظهور فلا بد لاستقراره من أمر آخر وهو اما انضاض جميع المال أو انضاض قدر رأس المال مع الفسخ أو القسمة ولا معها على قول قوي و بدونه يجبر ما يقع في التجارة من تلف أو خسران وهو محل وفاق انتهى وقد تبعه على ذلك صاحب الكفاية وصاحب الرياض وكأنهم جميعا لم يلحظوا الكتاب والتحرير فان فيهما كما عرفت انه يستقر بالقسمة مع أنه يقدح في دعوى الاجماع عندهما التردد والاستشكال ﴿ قوله ﴾ ﴿ ولو أتلف المالك أو الاجنبي ضمن له حصته ﴾ كما في التذكرة والتحرير والايضاح وجامع المقاصد والمسالك وهذا والارث عنه غير مختص بان العامل يملك الحصة بالظهور بل لو قلنا أنه انما يملك بالانضاض أو القسمة فالحكم كذلك لان له حقا مؤكدا اذ قد ملك ان يملك فيطالب المتلف سواء كان هو المالك أو غيره لان الاتلاف يجري مجرى استرداد المالك جميع المال فيغرم حصة العامل وحيث يتلفه الاجنبي يبقى القراض في بدله كما كان ﴿ قوله ﴾ ﴿ ويورث عنه ﴾ باتفاق أهل القولين كما في التنقيح وقد عرفت آنفا ان الحكم غير مخصوص بان العامل يملك بالظهور وبه أي الحكم المذكور صرح في الكتب الخمسة المتقدمة آنفا فيقدم على الغرماء لتعلق حقه بالعين وله أن يمتنع عن العمل بعد ظهور الربح ويسعى في

والربح وقاية لرأس المال فان خسر وربح جبرت الوضيعة من الربح سواء كان الربح والخسران في مرة واحدة أو مرتين وفي صفقة واحدة او اثنتين فلو دفع الفين فاشترى باحدهما سلعة وبالاخرى مثلها فخسرت الاولى وربحت الثانية جبر الخسران من الربح ولا شيء للعامل الا بعد كمال الالفين ولو تلف مال القراض أو بعضه بعد دورانه في التجارة احتسب التالف من الربح (متن)

انفاض المال ليأخذ حقه منه ﴿ قوله ﴾ ﴿ والربح وقاية لرأس المال فان خسر وربح جبرت الوضيعة بالربح سواء كان الربح والخسران في مرة واحدة أومرتين أو في صفقة أو اثنتين ﴾ أو الربح في سفره والخسران في اخرى لانعلم في هذا خلافا كما في التذكرة واجماعا كما في المسالك وقد اجمع أهل الاسلام على انه ان ربح وخسر جبرت الوضيعة بالربح كما في جامع المقاصد لان الربح هو الفاضل عن رأس المال وقد روى اسحق بن عمار عن الكاظم عليه السلام انه سأله عن مال المضاربة فقال الربح بينهما والوضيعة على المال والمال يتناول الاصل والربح ويقتضي ثبوت هذا الحكم مادام مال المضاربة فيستمر مادامت المعاملة باقيه ﴿ قوله ﴾ ﴿ فلو دفع الفين فاشترى باحدهما سلعة وبالاخرى مثلها فخسرت الاولى وربحت الثانية جبر الخسران من الربح ولا شيء للعامل الا بعد كمال الالفين ﴾ هذا مثال لما اذا حصل الربح والخسران في صفقتين في مرة واحدة ﴿ قوله ﴾ ﴿ ولو تلف مال القراض أو بعضه بعد دورانه في التجارة احتسب التالف من الربح ﴾ تلف بعض المال بعد الدوران في التجارة واضح واما تلف جميعه كذلك فيكون بان يشتري برأس المال متاعا تزيد قيمته على أصل المال بان يكون فيه الربح فتلف منه مقدار رأس المال والمراد بالدوران التصرف فيه بالبيع والشراء كما في جامع المقاصد والمسالك وعليه نبه في التذكرة وليس المراد به مجرد السفر بقصد والتلف في البعض بعض افراد نقص مال التجارة لانه يكون بانخفاض السوق وبالمرض الحادث والعيب المتجدد ولا تأمل لاحد في ان النقص الحاصل بانخفاض السوق يجب جبره واما الحاصل بالعيب والمرض فلم ينقل في التذكرة فيه عن احد تأملا ولا خلافا في أنه كذلك واما النقص بالتلف بالآفة السماوية كالاحتراق ونحوه مما لاضمان فيه على احد وبالغصب والسرقة ونحوهما مما يكون الضمان فيه على المتلف فقد قال بعض الشافعية في احد الوجهين ان ما كان الضمان فيه على المتلف لا حاجة الى جبره بمال القراض لان الضمان فيه على الغاصب والسارق مثلا وهو يجبر النقص فاطلق المصنف التلف بحيث يتناول الامرين معا كما في الشرائع تنبيها على عدم الفرق في وجوب الجبر كما سيصرح به هنا وهو صريح التحرير وعن السيد العميد دعوى الاجماع على جبر التالف من الربح بعد دورانه في التجارة ولم يستجوده في جامع المقاصد لمكان قوله في التلف في التذكرة الاقرب أنه يجبر وليس في محله وانما هو لمكان احد وجهي بعض الشافعية في الغصب والسرقة كما عرفت وجهه وستسمع ضعفه وضعف الوجه والاحتمال في غيرهما فدعوى الاجماع في محلها (وكيف كان) فمما صرح فيه بان تلف مال القراض بعد دورانه في التجارة يحتسب من الربح المبسوط والشرائع والارشاد والتحرير والايضاح وجامع المقاصد والمسالك وغيرها وفي (التذكرة) أنه أقرب وفي (مجمع البرهان) تارة الظاهر أنه لاخلاف في ان التالف ماخوذ من الربح بعد دوران رأس المال في التجارة وأخرى انه اجماع وهو يوافق ماحكي عن كنز الفوائد ومما صرح فيه بان تلف بعضه كذلك المبسوط والشرائع والتذكرة والتحرير والارشاد وجامع المقاصد والمسالك

وكذا لو قبل دورانه على اشكال (متن)

والكتاب فيما يأتي من الايضاح وكأنهم يستندون في الصورتين الى ان القراض هو استعمال المال وسلامته وبقاؤه والانتفاع بربحه مشتركا بينه وبين العامل فما دام رأس المال غير موجود بتمامه على وجه يأخذه المالك فلا ربح فلا بد من ابقاء أصل المال وقسمة الربح بعد اخراج رأس المال فيلزم كون التالف من الربح على أنه قد يستفاد من الروايات الدالة على كون الربح بينهما كقول احدهما عليهما السلام في صحيحة محمد بن مسلم عن الرجل يعطي المال مضاربة وينهى عن ان يخرج به فيخرج يضمن المال والربح بينهما اذ لا ريب ان المتبادر من الربح هنا هو ما زاد على أصل مال التجارة فلا بد من اخراج رأس المال كله لانه يعقل وجود الربح مع كون رأس المال ناقصا واما وجه العدم ففي الغصب والسرقة قد تقدم وفي غيرهما فلأنه نقصان لا تعلق له بتصرف العامل وتجارته ولاعبرة بمجرد الشراء فانه تهيئة محل التصرف والركن الاعظم في التجارة البيع لانه به يحصل الربح فكان العبد التالف فيما اذا اشترى عبدين بالفين ومات أحد العبدين بمنزلة تلف الالف فكأنها تلفت بنفسها وليس بناش من نفس المال الذي اشتراه بخلاف النقصان الحاصل بانخفاض السوق والمرض والعيب فلا يجب على العامل جبره وفيه بعد ماعرفت ان ما دل على الربح وقاية لرأس المال من خبر واجماع لادلالة فيه على اشتراط ذلك بكون النقص بسبب السوق أو من نفس المال على ان هذه احتمالات ووجوه لبعض الشافعية والاصح عندهم كما في التذكرة أنه مجبور بالربح ومنه يعلم صحة دعوى اجماع السيد العميد ووهن ما في جامع المقاصد والمسالك حيث اثبت فيهما وجود الخلاف وأوهن من ذلك قوله في الاخير ان الاحتساب هو المشهور ﴿ قوله ﴾ ﴿ وكذا لو كان قبل دورانه على اشكال ﴾ ونحوه ما في الشرائع ومجمع البرهان من التردد والتأمل وفي التحرير ان (في ظ) الاحتساب نظراً ضعيفا وستسمع ما في الايضاح ومجمع البرهان ومعناه أنه كذلك يحتسب التالف من الربح سواء كان التالف الجميع أو البعض فهنا صورتان ايضا على اشكال في الاحتساب ينشأ من أن وضع المضاربة على ان الربح وقاية لرأس المال فلا يستحقه العامل الا بعد ان يبقى رأس المال بكماله لدخوله على ذلك ولادخل لعدم دورانه فى الحكم بخلافه لان المقتضي لكونه مال قراض هو العقد لا الدوران ومن ان التلف قبل الشروع في التجارة يخرج التالف عن كونه مال قراض والاول خيرة المبسوط والمهذب والسرائر فى موضع آخر والتذكرة والارشاد وشرحه لولده والمختلف وجامع المقاصد والروض والمسالك والكفاية والمفاتيح وتصوير تلف جميع المال قبل دورانه في التجارة يكون فيما اذا اذن المالك للعامل فى القراض بان يشتري في الذمة فاشترى متاعا للقراض في الذمة بقدر مال القراض وتلف المال بغير تفريط قبل الدفع فان البيع لاينفسخ بذلك ولايقع الشراء للعامل ويجب ان ينزل كلام المبسوط وماوافقه على انه اذن له في الشراء في الذمة وان الشراء كان قبل تلف مال القراض اما لو كان بعده فان المضاربة تبطل وينفسخ عقدها وقد حكى فى المختلف وغيره الخلاف في المسئلة والمثال من الخلاف وهو كذلك فانه قال في المثال البيع للعامل والثمن عليه ولا شيء على رب المال وهو صريح المقنعة وجامع الشرائع وان حملنا كلام هؤلاء على انه لم يأذن له في الشراء في الذمة ارتفع الخلاف ونعم ما قال في المختلف ان كان اذن له في الشراء في الذمة فالقول ماقاله في المبسوط وان

سواء كان التلف المال أو للعوض باحتراق او سرقه اونهب اوفوات عين او انخفاض سوق او طريان عيب والزيادات العينية كالثمرة والنتاج محسوبة من الربح وكذا بدل منافع الدواب

لم يكن اذن له فالقول ماقاله في الخلاف ونحوه مافي التذكرة والارشاد والروض ومجمع البرهان لكن يرد عليهم ان العقود تابعة للقصود فاذا كان قد سمى ذلك قراضاً ونواه كيف يقع للعامل الا ان تقول انه لم يذكر انه القراض لفظاً وانما نواه نية (وفيه) ان هذا لا يدفع الايراد في نفس الامر وان كان يلزم به في ظاهر الشرع وقد بينا ذلك في باب الوكالة (وليعلم) ان في المهذب والسرائر والتذكرة والتحرير والارشاد وشروحه أنه ان اشترى في الذمة بالاذن لزم صاحب المال العوض وهكذا يكون الجميع رأس المال (وليعلم) ان المصنف سيذكر هذه المسئلة في التنازع وستعرض لما وقع هناك في الشرائع والسرائر والمختلف والمسالك من الاضطراب والخلل وما وقع في المبسوط من الاطناب الموهم خلاف المراد وهذا كله فيما اذا تلف جميع المال قبل الدوران ومنه يعلم حال مااذا تلف بعضه كذلك ولم يفرق بينهما في الحكم في المبسوط ولا ترجيح في الصورتين في الايضاح لاختلافهم في تفسير الخسران الذي جعلوا الربح لموقاية هل هو كل نقص حصل في مال القراض بيد العامل لامن فعله ولاتفريطه أو قيد بعد تصرف العامل بالتجارة أو له تعلق بتصرف العامل بتجارته أو نشأ من نفس المال الذي اشتراه العامل كالعيب قال وقد ذهب الى كل تفسير من هذه الثلاثة قوم وقد عد شق الثاني تفسيراً واحداً قال فعلى التفسير الاول يجبر من الربح وعلى الاخيرين لايجبر قال ولان العقد لم يتأكد بالعمل فليس مال قراض بالفعل حقيقة انتهى وكأنه تأمل أيضاً في مجمع البرهان في احتساب ذلك من الربح أولاً ثم مال بل قال بعدم الاحتساب للاصل وعدم الدليل ولان الربح هو ماحصل من المال الذي عمل فيه فرأس المال حقيقة هو المال المستعمل في التجارة الدائر فيها وليس قبل الدوران برأس مال مع عموم الاخبار لانه لو كان مطلق التالف داخلاً في رأس المال ومأخوذاً من الربح لكان ينبغي أن يقول عليه السلام في صحيحة محمد وغيرها والربح بينهما بعد ان يخرج ماتلف قبل المعاملة لان الربح صادق على جميع مازاد على رأس مال المعاملة التي استعملت بالفعل بل على الزائد في كل معاملة معاملة ولولا انعقاد الاجماع على جعل المجموع معاملة واحدة ونسبة الربح الى المجموع لامكن اخراج رأس كل مال معاملة وقسمة ربحها فلا شك حينئذ ان الربح يصدق على الزائد على ماقبضه على انه رأس مال وان تلف اضعافه قبل استعماله ودورانه فلو كان مطلق التالف داخلاً لوجب بيانه في الروايات فالظاهر ان جميع الروايات دليل على عدم احتسابه من الربح وان التالف حينئذ مثل التالف في يده قبل ذلك ثم ان العامل ملك الربح بالظهور والاصل براءة ذمته وعدم خروج ماله عن ملكه انتهى ملخصاً فليلحظ وليتأمل فيه فان الظاهر ان المراد بالمال ماوقع عليه العقد فلا دليل في الروايات على عدم الاحتساب وسيتعرض المصنف للمسئلة في موضعين أحدهما في أصل التفاسخ والآخر يأتي قريباً ﴿ قوله ﴾ ﴿ سواء كان التلف للمال أو العوض باحتراق أو نهب أو فوات عين أو بانخفاض سوق أو طريان عيب ﴾ المراد بتلف المال تلف عين مال القراض قبل دورانه في التجارة وبالعوض تلف الحاصل بالتجارة وهو تعميم للتلف بحيث يستوفي جميع افراده في هذا الحكم كما عرفت آنفاً ﴿ قوله ﴾ ﴿ والزيادات العينية كالثمرة والنتاج محسوبة من الربح وكذا بدل منافع الدواب ومهر وطيء الجواري حتى لو وطأ السيد كان مستردا مقدار

ومهر وطىء الجواري حتى لو وطأ السيد كان مستردا مقدار العقر ولو كان رأس المال مائة فخسر عشرة ثم اخذ المالك عشره ثم عمل الساعي فربح المال ثمانية وثمانون وثمانية اتساع لان المأخوذ محسوب من رأس المال فهو كالموجود فالمال في تقدير تسعين فاذا بسط الخسران وهو عشرة على تسعين اصاب العشرة المأخوذة دينار وتسع فيوضع ذلك من راس المال (متن)

العقر ﴾ وقد جعل في التحرير السمن مثل الثمرة وفرق بينهما في التذكرة كما ستسمع ومن النتاج ولد الأمة ومثل منافع الدواب منافع الارض وكسب العبد ولا فرق في هذه المنافع بين ان تجب بتعدي المتعدي باستعمالها أو تجب باجرة صدرت من العامل فان للعامل اجارتها اذا قضت بها المصلحة وقد عد في التذكرة من ذلك مهر الجارية اذا وطئت بشبهه فقيده بالشبهة لانه قد تقدم انه لا يجوز لاحد منهما وطؤها وقد خلى عنه التحرير كالكتاب وقد حسب هذه كلها في التحرير من الربح حتى وطؤ العامل واستشكل في وطىء المالك وقال في (التذكرة) ان الزيادة المتصلة كالسمن تعد من مال القراض قطعا وأما المنفصلة كالثمرة والنتاج فانها من مال القراض وقال انه المشهور عن الشافعية لانهما من فوائده وحكى عن بعضهم انه قال ان كان ظهر ربح كانت من مال القراض كالسمن والا فهي للمالك خاصة لانها ليست من فوائد التجارة وقال انه مذهب أكثر هذا البعض ونفى عنه البأس وهو خيرة جامع المقاصد وقال انه الذي يقتضيه النظر وقد حكى به عن التذكرة انه حكاه عن اكثر الشافعية وليس كذلك كما عرفت وحكى عن القائلين بأنها للمالك أنهم اختلفوا فبعض انها محسوبة من الربح وآخرون على انها لا تعد من الربح خاصة ولا من رأس المال بل هي شائع ومعنى قوله في التذكرة أنها من القراض انها تعد من الربح ووجه كونها للمالك ان المشروط في عقد القراض انما هو الحاصل بالاسترباح بالبيع والشراء وهذه الزيادات نماء ملك المالك فانتقالها يتوقف على سبب مملك ثم لو كانت بعد ظهور الربح اتجه ذلك (وفيه) أنها اذا حصلت ظهر بها الربح واستوضح ذلك في السمن في ظاهر التذكرة ان عده من الربح محل وفاق من الخاصة والعامة حيث قال قطعا ولا نجد في خصوص هذا الباب فرقا بينه وبين الثمرة اذ بهما ظهر الربح وحصل للعامل الملك ولهذا افتى به المصنف في كتبه الثلاثة الا أنه أخيراً نفى البأس عن القول الآخر في التذكرة كما عرفت وقال انه المشهور بين الشافعية ولم يحك عن أحد انه قال أنه من رأس المال خاصة كما عرفت ولقد اطال في جامع المقاصد في غير ما طائل وقول المصنف حتى لو وطأ السيد كان مستردا مقدار العقر معناه انه مسترد مقداره من المال فيستقر نصيب العامل كما صرح به في التذكرة فيكون العقر محسوبا من الربح ورأس المال (واعترضه في جامع المقاصد) بان رأس المال غير شائع في هذا ليكون محسوبا منهما انتهى فتأمل فيه وكأن العبارة غير نقية وقد عرفت ان جماعة يقولون ان العقر ونحوه شائع في الربح ورأس المال فتأمل ولا تغفل ﴿ قوله ﴾ ﴿ ولو كان رأس المال مائة فخسر عشرة ثم أخذ المالك عشرة ثم عمل الساعي فربح فرأس المال ثمانية وثمانون وثمانية اتساع لان المأخوذ محسوب من رأس المال فهو كالموجود فالمال في تقدير تسعين فاذا بسط الخسران وهو عشرة على تسعين أصاب العشرة المأخوذة دينار وتسع فيوضع ذلك من رأس المال﴾ قد صرح بذلك كله في خصوص المثال في المبسوط والشرائع والتذكرة والتحرير والارشاد وجامع المقاصد والروض والمسالك ومجمع البرهان ونحوه ما في جامع الشرائع والمفاتيح وغرضهم بيان انه لا يجبر من الربح في الفرض المذكور مجموع الخسران وهو العشرة التالفة وانما يجبر منها

وان اخذ نصف التسعين الباقية بقي رأس المال خمسين لانه قد اخذ نصف فيسقط نصف الخسران المال وان اخذ خمسين بقي اربعة واربعون واربعة اتساع وكذا في طرف الربح بحسب المأخوذ من رأس المال والربح فلو كان المال مائة فربح عشرين فاخذها المالك بقي رأس المال ثلاثة وثمانين وثلثا لان المأخوذ سدس المال فينقص سدس رأس المال وهو ستة عشر وثلثان وحظها من الربح ثلاثة وثلث فيستقر ملك العامل على نصف المأخوذ من الربح

ثمانية وثمانية اتساع لان العشرة المأخوذة محسوبة من رأس المال فهي كالموجود في ان لها حظا من الخسران لان الخسران من المجموع فالمال الموجود في تقدير تسعين باعتبار العشرة المأخوذة فاذا بسط الخسران عليها وهو عشرة على تسعين اصاب كل عشرة دينار وتسع فيصيب العشرة المأخوذة دينار وتسع فيوضع ذلك اعني الدينار وتسعا الذي أصاب العشرة من الخسران مما بقي من رأس المال بعد العشرة وهو تسعون لانها لما استرد العشرة فكأنه استرد نصيبها من الخسران لخروجها بالاسترداد عن استحقاق الجبران لما يصيبها حيث بطل القراض فيها والضابط ان ينسب المأخوذ الى الباقي ويؤخذ للمأخوذ من الخسران بمثل تلك النسبة ففي المثال نسبة العشرة المأخوذة الى التسعين تسع فيصيبها من الخسران تسع الخسران وهو دينار وتسع دينار وقد اراد المصنف في هذه المسئلة وما بعدها من المسائل ان يبين مايترتب على الاسترداد في صورتي الخسران والربح من الاحكام فبدأ أولا بما يترتب عليه في طرف الخسران لانه لما ذكر ان المالك اذا وطأ كان مستردا من المال قدر العقر اراد أن يبين ذلك وأكثر الكتب المتقدمة قد اقتصر فيها على المسئلة المذكورة خاصة مفرغة من دون تقدم استرداد وعقر ولاغيره وتحرير المقام ان يقال اذا استرد المالك بعض المال من العامل بعد دورانه في التجارة فان لم يكن هناك ربح ولاخسران رجع المال الى القدر الباقي وارتفع القراض في المقدار الذي أخذه المالك وان كان بعد ظهور الخسران كان الخسران موزعا على المسترد وعلى الباقي ولا يلزم جبر حصة المسترد من الخسران كما عرفت وان كان الاسترداد بعد ظهور الربح فالمسترد تابع ربحا وخسرانا على النسبة الحاصلة من جملتي الربح ورأس المال ويستقر ملك العامل على مايخصه بحسب الشرط مما هو ربح منه فلا يسقط بالنقصان الحادث بعده كما سيتضح لديك ذلك في عنوان المثال فيما يأتي ﴿قوله﴾ ﴿وان أخذ نصف التسعين الباقية بقي رأس المال خمسين لانه أخذ نصف التسعين فسقط نصف الخسران﴾ وجهه واضح وقد ذكره أيضا في التذكرة ومعناه انه ان أخذ المالك في الصورة المذكورة نصف التسعين الباقية بعد خسران العشرة بقي المال خمسين منها خمسة وأربعون موجودة ويتبعها نصف الخسران وهو خمسة فيصير المجموع خمسين فتجبر هذه الخمسة من الربح ويتبع النصف المأخوذ نصف الخسران أيضا فيسقط جبره ﴿قوله﴾ ﴿وان أخذ خمسين بقي أربعة وأربعون وأربعة أتساع﴾ كما هو واضح أيضا وقد ذكره أيضا لان أربعين منها موجودة ويتبع كل عشرة منها من الخسران دينار وتسع دينار ومجموع ذلك اربعة وأربعة أتساع فتجبر هذه من الربح ويسقط جبران خمسة وخمسة اتساع لانها تبعت الخمسين المأخوذة ﴿قوله﴾ ﴿وكذا في طرف الربح بحسب المأخوذ من رأس المال والربح فلو كان رأس المال مائة فربح عشرين فاخذها المالك بقي رأس المال ثلاثة وثمانين وثلثا لان المأخوذ سدس المال فينقص سدس رأس المال وهو ستة عشر وثلثان وحظها من الربح ثلاثة وثلث فيستقر ملك

وهو درهم وثلثان فلو انخفضت السوق وعاد ما في يده الى ثمانين لم يكن للمالك ان يأخذه ليتم له المائة بل للعامل من الثمانين درهم وثلثان ولو كان قد اخذ ستين بقي رأس المال خمسين لانه قد اخذ نصف المال فبقي نصفه وان أخذ خمسين بقي رأس المال ثمانية وخمسين وثلثا لانه أخذ ربع المال وسدسه فبقي ثلثه وربعه فان أخذ منه ستين ثم خسر فصار معه أربعون فردها كان له على المالك خمسة لان الذي اخذه المالك انفسخت فيه المضاربة فلا يجبر ربحه خسران الباقي لمفارقته اياه وقد اخذ من الربح عشره لان سدس ما أخذه ربح (متن)

العامل على نصف المأخوذ وهو درهم وثلثان ﴾ كما صرح بذلك كله في التذكرة وهو بيان لحكم ما يترتب على الاسترداد في طرف الربح وضابطه ان تنسب المأخوذ الى المجموع وتأخذ بتلك النسبة من رأس المال ومن الربح ففي المثال اذا نسبنا العشرين المأخوذة الى المائة والعشرين التي هي مجموع الربح ورأس المال كانت سدسها وهي محسوبة من المجموع لمكان الشيوع فتأخذ من العشرين رأس المال ومن الربح بتلك النسبة فسدس رأس المال حينئذ من العشرين ستة عشر وثلثان وسدس الربح منها ثلاثة وثلث فيبقى رأس المال بعد اخراج الستة عشر والثلثين ثلاثة وثمانين وثلثا و يبطل العقد في العشرين المأخوذة من رأس المال فيستقر ملك العامل على نصف ربح المأخوذ وهو درهم وثلثا درهم لخروجه عن كونه وقاية يبطلان القراض فيه اذا كان شرط الربح على النصف فله على كل حال درهم وثلثان ولا يسقط ذلك بالنقصان الحادث بعده من تلف أو انخفاض سوق كما سينبه عليه المصنف ﴿ قوله ﴾ ﴿ ولو انخفض السوق وعاد ما في يده الى ثمانين لم يكن للمالك أن يأخذه فيتم له المائة بل للعامل من الثمانين درهم وثلثان ﴾ هذا ما اشرنا اليه آنفاً أما لو انخفض بعد أخذ المالك العشرين وصار جميع ما في يد العامل الى ثمانين لم يكن للمالك أخذ الباقي وهو الثمانون و يقول كان رأس مالي مائة وقد أخذت عشرين فاضم اليها هذه الثمانين لتتم لي المائة بل يأخذ العامل من الثمانين درهما وثلثي درهم ويرد عليه ثمانية وسبعين وثلث درهم لان نصيب العامل من سدس الربح المأخوذ قد استقر ملكه عليه وقد أخذه المالك فيأخذ بدله ﴿ قوله ﴾ ﴿ ولو كان قد أخذ ستين بقي رأس المال خمسين لانه أخذ نصف المال فبقي نصفه ﴾ كما ذكر ذلك أيضا في التذكرة وبيانه أنه اذا اخذ من مجموع مائة وعشرين ستين فقد اخذ نصف المال ونصف الربح فيستقر ملك العامل على نصف ربح المأخوذ وهو خمسة والباقي نصف رأس المال وهو خمسون يتعلق بخسرانه الجبران من الربح ﴿ قوله ﴾ ﴿ وان أخذ خمسين بقي رأس المال ثمانية وخمسين وثلثا لانه أخذ ربع المال وسدسه فبقي ثلثه وربعه ﴾ قد ذكر ذلك أيضاً في التذكرة والمراد أنه اذا كان قد أخذ خمسين من المائة والعشرين فهي ربع المجموع وسدسه فان ربعه ثلاثون وسدسه عشرون فيكون قد أخذ من كل من رأس المال والربح ربعه وسدسه فربع رأس المال خمسة وعشرون وسدسه ستة عشر وثلثان والمجموع أحد وأربعون وثلثان وربع الربح خمسة وسدسه ثلاثة وثلث فالمجموع خمسون ويبقى من أصل المال ثمانية وخمسون وثلث هي ثلث أصل المال وربعه لان ثلثه ثلاثة وثلاثون وثلث وربعه خمسة وعشرون فهي رأس المال بعد أخذ الخمسين ﴿ قوله ﴾ ﴿ فان أخذ منه ستين ثم خسر فصار معه أربعون فردها كان له على المالك خمسة لان

ولو ردمنها عشرين بقي رأس المال خمسة وعشرين ولو دفع الفا مضاربة فاشترى متاعا يساوي الفين فباعه بهما ثم اشترى به جارية وضاع الثمن قبل دفعه رجع على المالك بالف وخمسمائة ودفع من ماله خمسمائة على اشكال (متن)

الذي أخذه المالك انفسخت فيه المضاربة فلا يجبر ربحه خسران الباقي لمفارقته اياه وقد أخذ من الربح عشرة لان سدس ما أخذه ربح ﴾ قد ذكره أيضا فى التذكرة ومعناه انه اذا أخذ المالك ستين ثم خسر عشرين فصار الباقي أربعين فرد العامل الاربعين الى المالك انفسخ القراض فليس للمالك أن يأخذ الاربعين ويضم اليها الستين ليتم له رأس ماله الذي هو المائة بل يأخذ العامل من الاربعين خمسة هي نصف ربح العشرة المأخوذة لاستقرار ملك العامل على الخمسين باسترداد نصف المال وانفساخ العقد فيه فاذا خسر النصف الآخر لم يجبر من ربح المأخوذ ﴿ قوله ﴾ ﴿ ولو ردمنها عشرين بقي رأس المال خمسة وعشرين ﴾ كما ذكر ذلك أيضاً في التذكرة والمراد أنه لورد العامل من الاربعين الباقية بعد الخسران عشرين سقط نصف الخسران وهو خمسة لان خسران الخمسين عشرة فيبقى رأس المال خمسة وعشرين باعتبار الخمسة التي يجب جبرانها من الربح وايضاحه ان رأس المال كان خمسين فلما خسر ورجع الى أربعين كان خسرانه عشرة فلما أخذ المالك عشرين تبعه من الخسران خمسة فبقي عشرون وقد لحقها من الخسران خمسة فاذا ربح جبرها بخمسة والباقي ربح ﴿ قوله ﴾ ﴿ ولودفع اليه الفا مضاربة فاشترى متاعا يساوي الفين فباعه بهما ثم اشترى به جارية وضاع الثمن قبل دفعه رجع على المالك بألف وخمسمائة على اشكال﴾ كما فى التذكرة وكذا لا ترجيح في الايضاح وقد جزم بالرجوع بذلك في المهذب من دون تردد ولا اشكال وهو خيرة جامع المقاصد مع تضعيف الاشكال وقضية كلامهم ان المالك قد أذن له بأن يشتري لتلك المضاربة بقدر مالها فى القمة اذ بدون ذلك لا يتم لهم بذلك فحينئذ لو ضاع مال المضاربة الذي يريد دفعه ثمنا والذي كان من قصده ذلك به حين الشراء كان الشراء صحيحا ووقع للمالك والعامل معا أما الصحة فلانه عقد صدر من أهله في محله ولا يبطل بذلك لانه لم يقع البيع على عينه وانما قصده قصدا وأما وقوعه للمالك فلانه أذن له في ذلك وليس الثمن زائداً على قدر مال المضاربة فوجب أن يقع للمالك بقدر ما تناوله اذنه لامتناع اعتبار اذنه في مال غيره فاذا تلف وجب عليه بدله وهو الف وخمسمائة واما وقوعه للعامل فلانه قد ملك نصف الربح وهو خمسمائة من الالفين اللذين هما ثمن المتاع وقد قصد أن يؤدي عند الشراء ثمن الجارية من هذا المال الذي هو الالفان فيكون الشراء للمالك هذا المال وقد ملك ربعه فيكون ربع المبيع له فيجب عليه ربع الثمن ولم يقصد العامل شراء جميع الجارية لنفسه في ذمته ولا الشراء لنفسه بالثلاثة الارباع الاخر كما ان هذا الربع الزائد لم يأذن المالك في الشراء به لنفسه بل قد تقدم ان الشيخ في الخلاف يذهب الى ان الجارية جميعها تكون للعامل كما تقدم بيانه فى مثله ووجه كون جميع الثمن من المالك أنه لا يستقر ملك العامل الا بعدم الخسران ولا يتحقق ذلك الا بالفسخ أو القسمة ولا يتحقق بمجرد الانضاض كما هو المفروض وقد اشتري للمضاربة فيكون جميع الثمن لازما للمالك لان الشراء وقع باذنه (وفيه) ان عدم الاستقرار لا ينافي أصل الملك بالظهور على المختار فضلا عن الانضاض كما هو المفروض ولا يرتفع بتلف الملك من أصله وانما يقع الشراء للمالك بما يملك واذنه لا يؤثر في ملك

فاذا باعها بخمسة آلاف اخذ العامل ربحها واخذ المالك من الباقي رأس ماله الفين وخمسمائة وكان الباقي ربحا بينهما على ماله على ما شرطاه ولو دفع اليه الفا اخرى مضاربة واذن في ضم احدهما الى الآخر قبل التصرف في الاول جاز وصار مضاربة واحدة فان (وان خل) كان بعد التصرف في الاول في شراء المتاع لم يجز لاستقرار حكم الاول فربحه وخسرانه مختص به فان نض الاول جاز ضم الثاني اليه (متن)

غيره وبعد ذلك كله فالمسئلة لا تخلو من ثمانية اشكال ﴿ قوله ﴾ ﴿ فاذا باعها بخمسة آلاف أخذ العامل ربحها وأخذ المالك من الباقي رأس المال الفين وخمسمائة وكان الباقي ربحا بينهما على ما شرطاه ﴾ كما تبين وجهه مما تقدم وبه صرح في المهذب والتذكرة وجامع المقاصد بناء على وجوب دفع الخمسمائة من مال العامل فيستحق ربع الربح حينئذ وهو سبعمائة وخمسون خارجا عن المضاربة لانه دفع ثمنه من خاصة ماله والثلاثة الارباع الباقية هي التي يجبر فيها التالف لأنها محل المضاربة ومن المعلوم انه قد تلف منه الف بعد دورانه في التجارة وقد دفع في قيمة الجارية الفا وخمسمائة فيكون رأس المال الفين وخمسمائة والفاضل بعد ذلك كله ربح وهو الف ومائتان وخمسون يقسم بينهما على الشرط ﴿ قوله ﴾ ﴿ ولو دفع اليه الفا مضاربة ثم دفع اليه الفا اخرى مضاربة وأذن في ضم أحدهما الى الآخر قبل التصرف جاز وصار مضاربة واحدة وان كان بعد التصرف في الاول لم يجز لاستقرار حكم الاول فربحه وخسرانه مختص به ﴾ قد صرح بجواز الضم مع الاذن وصحته قبل التصرف وعدم جواز الضم وعدم صحة القراض الثاني بعد التصرف في التذكرة والمختلف وجامع المقاصد وظاهر التحرير التوقف في الحكم الثاني حيث قال فيه قال الشيخ يبطل القراض الثاني والاصل في ذلك قوله في المبسوط فان كان القراض الثاني قبل أن يدور الاول في التجارة صح وكانا معا قراضا بالنصف وان بعد الدوران لم يصح الثاني ولم يقيد الصحة قبل الدوران بالاذن بالضم وقضيته انه يجوز الضم وان لم يأذن لكنه حكاه عنه في التحرير فيها اذا أذن له في الضم (وكيف كان) فوجه الاول أعني جواز الضم مع الاذن قبل التصرف ان القراض عقد جائز يجوز له رفعه من أصله فبالاولى أن يجوز له رفع بعض الخصوصيات أعني اقتضاء كل من العقدين ان يكون ربحه وخسرانه وضمانه مختصا به اذا تراضيا على ذلك ووجه الثاني انه اذا كان عروضا كان المانع من صحة الضم موجودا ومن ثم لو نض واذن جاز كما يأتي وقد علله الشيخ في المبسوط والمصنف هنا وفي التذكرة باستقرار حكم الاول وثبوته فربحه وخسرانه مختص به (واعترضه في جامع المقاصد) بانه منقوض بما اذا نض وأذن وضم فان مقتضى التعليل انه لا يجوز (وفيه) ان المراد ما لم ينض والا فاذا نض وأخذ العامل ربحه عاد كما كان وصار كأنه لم يتصرف فيه كما ستسمع وقضية قوله ان ربحه وخسرانه مختص به ان المقصود من الضم اشتراكهما في الحكم بحيث يجبر ربح احدهما خسران الآخر وبه صرح في المبسوط والتذكرة وقد يقال انه لو ضارب بهما معا مع الخلط أو بدونه فربح أحدهما وخسر الآخر وفسخ المالك في ذي الربح فانه لا فائدة للعامل في جبران خسران الآخر بربحه ليستحق الحصة من الربح المتجدد خصوصا مع اختلاف الحصة فيهما لان في ذلك حرمان العامل من هذا الربح فليس المقصود من جواز الضم وعدمه الا الضمان وعدمه خاصة فليتأمل ﴿ قوله ﴾ ﴿ فان نض الاول جاز ضم الثاني اليه ﴾ كما في التذكرة

وان لم يأذن في الضم فالاقرب أنه ليس له ضمه ولو خسر العامل فدفع الباقي ناضاً ثم اعاده للمالك اليه بعقد مستأنف لم يجبر ربح الثاني خسران الاول لاختلاف العقدين وهل يقوم الحساب مقام القبض الاقرب انه ليس كذلك (متن)

والمختلف وجامع المقاصد وكذا الايضاح لكن قد يلوح من عبارة الكتاب انه يعقد بالاذن والعقد الصادر قبل النض في تصيير العقدين عقدا واحدا ولا يخلو عن تأمل ولا تلويح ولا اشارة الى ذلك في كلام التذكرة والمختلف (قال في التذكرة) ولو كان المال قد نض وقال له المالك ضم الثانية اليا جاز وكان قراضا واحدا ووجه حيث يكون قد اذن له في الضم بعد النض انه قد صار كأنه لم يتصرف فيه وانه قد روى محمد بن عذافر عن أبيه قال اعطى الصادق عليه السلام ابي الفا وتسع مائة دينار فقال له اتجر بها ثم قال اما انه ليس بي رغبة في ربحها وان كان الربح مرغوبا ولكن احببت ان يراني الله متعرضا لفوائده قال فربحت فيها مائة دينار ثم لقيته فقلت قد ربحت لك فيها مائة دينار قال اثبتها لي في رأس مالي فهذا ضم بعد النض فليتأمل جيداً ﴿ قوله ﴾ ﴿ وان لم يأذن في الضم فالاقرب انه ليس له ضمه ﴾ كما في الايضاح وبه جزم في التذكرة وفي (جامع المقاصد) انه الاصح لانه تصرف غير مأذون فيه وربما تعلق غرض المالك بعدم الخلط فيضمن به وقد سمعت آنفا قضية كلام المبسوط ووجه الجواز اتحاد المالك وانه يجوز ملزوم الخلط اذ يجوز شراء نصف سلعة مشاعا باحدهما والآخر بالآخر وهو يستلزم الضم (وفيه) انه يقتضي بمضاربة الغير فانه يجوز ان يشتري نصف سلعة بمال احدهما والآخر بالآخر ﴿ قوله ﴾ ﴿ ولو خسر العامل فدفع الباقي ناضا ثم اعاده المالك اليه بعقد مستأنف لم يجبر ربح الثاني خسران الاول لاختلاف العقدين ﴾ لان المفروض انه دفع له الباقي ناضا بنية فسخ القراض فينفسخ به اذ هذا القدر كاف في الفسخ كما صرح به بكفاية هذا القدر (١) في التذكرة فاذا اعاده فلا بد من العقد ثانيا فهذا عقد آخر له حكم آخر فلا يجبر ربحه خسران الاول وبه صرح في التحرير وجامع المقاصد وهو واضح ولعله لذلك تركه الاكثر ﴿ قوله ﴾ ﴿ وهل يقوم الحساب مقام القبض الاقرب انه ليس كذلك ﴾ هذا هو الصحيح كما في الايضاح ولا يحتمل سواه ان لم يكن معه قرينة كما في جامع المقاصد ولعله اليه اشار في التحرير بقوله بعد ما حكيناه عنه آنفا أما لو لم يقبضه بل اذن له في العمل بعد انضاضه فالاقرب أنه ليس عقد ثانيا بل يجبر من الربح الثاني ما خسره اولا ووجه القرب انتفاء حقيقة القبض واستصحاب حكم العقد ولا دلالة للحساب على رفعه بشيء من الدلالات ووجه الاحتمال الآخر ان فائدة الحساب تمييز حق العامل من حق المالك وقد وقع على قصد الفسخ فيفيده فكان مساويا للقبض كذلك في ذلك (وقال في جامع المقاصد) ان التحقيق ان الحساب بمجرده لا يفيد الفسخ ما لم ينضم اليه ما يقتضيه الا ان هذا لا يكاد يفرق بينه وبين غيره فان القسمة لا تقتضي الفسخ بمجردها من دون ارادة ذلك كما سيأتي عن قريب ان شاء الله تعالى ان قسمة الربح لا تخرجه عن كونه وقاية ولا يعقل القسمة هنا الا تمييز الربح عن رأس المال وكذا استرجاع المال اي لا يقتضي الفسخ بمجرده وهو صريح التذكرة ومن المعلوم ان العامل لو جعل المال في يد المالك لم يقتض الفسخ

(١) كذا في النسخة والظاهر ان قوله بكفاية هذا القدر حاشية أو نسخة بدل من قوله به فليراجع (مصححه)

وليس للعامل بعد ظهور الربح أخذ شيء منه بغير اذن المالك فان نض قدر الربح
واقتسماه وبقي رأس المال فخسر رد العامل أقل الامرين واحتسب المالك (متن)

لامكان كونه لغرض المحفظ الى ان يقتضي غرضا ونحوه فحينئذ لاتحصل لقول المصنف الاقرب الى آخره
لانه ان اراد به مع الضميمة فهو باطل او بدونها فلا يتطرق اليه الاحتمال لان الاسترجاع والقسمة اذا
لم يقتضيا الفسخ بمجردهما فالحساب اولى انتهى قلت غرض المصنف أن الحساب على قصد الفسخ
وارادته هل يقوم في الفسخ مقام الدفع والقبض والاسترجاع على قصد الفسخ فيفيد الفسخ كما افاده
القبض على ذلك القصد كما عرفته في ما قبله وبه صرح في التذكرة قال برفع القراض بقول المالك فسخت
القراض ورفعته وما ادى هذا المعنى الى ان قال وباسترجاع المال من العامل بقصد رفع القراض فكان
حاصل كلام المصنف أن الحساب بمجرده لا يحتمل افادته الفسخ وبقصده فيه من دون ضميمة اخرى
فيه احتمالان اقربهما أنه لا يفيده فلم يتجه عليه الايراد اصلا ﴿ قوله ﴾ (وليس للعامل
بعد ظهور الربح اخذ شيء منه بغير اذن المالك) أي مادامت المعاملة باقية كما هو قضية الاصول والقواعد
وبه صرح في التذكرة والتحرير وجامع المقاصد لان فيه حقا للمالك وربما حدث الخسران فاحتيج الى
الجبران بل الامر اوضح من أن يحتاج الى البيان وينبغي أن يكون الحكم في المالك كذلك لان للعامل
حقا في الربح ولا يتميز الا بالقسمة بل له تعلق برأس المال مع دوام المعاملة وقد تقدم في الاستدلال
على أنه ليس له وطؤ امة القراض ما له نفع في المقام ﴿ قوله ﴾ (فان نض قدر الربح واقتسماه
وبقي رأس المال فخسر رد العامل اقل الامرين واحتسب المالك) كما في المبسوط والشرائع وجامع
المقاصد والمسالك والكفاية وقد صرح بجميع ذلك عدا احتساب المالك في جامع الشرائع والتذكرة
والتحرير لأنه لا عبرة بهذه القسمة لأنه لا يستقر ملك احدهما على الربح ما دامت المعاملة باقية فلو
خسر رأس المال جبر خسرانه من الربح المأخوذ فيرد العامل اقل الامرين مما اخذه ونصف الخسارة
كما في المبسوط (وقال في التحرير) اقل الامرين من نصف الخسارة وجميع ما اخذه ومثله ما في جامع
المقاصد والمسالك وفي (جامع الشرائع) من حصته في الخسارة ومما اخذه ونحوه ما في الروض ومجمع البرهان
وفي (التذكرة) جبرها بما أخذه فكلامهم ما بين صريح وظاهر في انه يجبره بجميع ما أخذه من ربح ورأس
مال قال في (المبسوط) فان كان المقسوم مائتين نظرت في الخسران فان كان مائة فعلى العامل نصف الخسران
لانه اقل مما قبضه وان كان الخسران مائتين رد العامل كل ماقبضه لانه وفق نصف الخسران وان كان
الخسران ثلث مائة رد العامل ماأخذه وليس عليه اكثر من ذلك وقال ان رب المال لاحاجة به الى
رد شيء بل العامل يرد ورب المال يحتسب ما يلزمه من ذلك من جهته انتهى فيكون معنى احتسب
المالك في عبارة الكتاب والشرائع ماذكره في المبسوط من انه لاحاجة به الى اخراج ماأخذه ورده
ووضعه فوق رأس المال بل يكفيه ان يحتسبه أو يحسب عليه أنه من رأس المال سواء أراد بقاء المعاملة أم
لا أما الثاني فظاهر وأما الاول فلانه قد يريد الاقتصار على مابقي في يد العامل فلا يجب عليه رد
أصلا وقد فسر عبارة الكتاب في جامع المقاصد بما نصه واحتسب المالك باقل الامرين بمعنى أنه
يحتسب رجوع ذلك الاقل اليه من رأس المال فيكون رأس المال ماأخذه العامل وما بقي انتهى ولعله
أرادما في المبسوط مع ماتراه في العبارة ومثله كلام المسالك وكأنه أقرب من ذلك الى ما في المبسوط

وان امتنع احدهما من القسمة لم يجبر عليها ولا يصح ان يشتري المالك من العامل شيئا من مال القراض ولا ان يأخذ منه بالشفعة ولا من عبده القن ويجوز من المكاتب (متن)

(وكيف كان) فتوجيه الشهيد العبارة فيما حكي غير سديد مخالف لما سمعته من الجميع قال المردود أقل الامرين مما أخذه العامل ومن رأس المال لا من الربح فلو كان رأس المال مائة والربح عشرين فاقتسما العشرين فالعشرون التي هي ربح مشاعة هي سدس الجميع فخمسة اسداسها من رأس المال وسدسها من الربح فاذا اقتسماها استقر ملك العامل على نصيبه من الربح وهو درهم وثلثان ويبقى معه من رأس المال ثمانية وثلث فاذا خسر المال الباقي رد أقل الامرين مما خسر ومن ثمانية وثلث قال ولا يجوز أن يجعل المردود من العامل على تقدير خسران عشرين عشرة كما يفهمه كثير لانه يناقض ماسلف وهذا تفصيل ما اراد والحامل له على هذا ما تقدم من ان المالك اذا أخذ شيئا وقد ظهر ربح حسب ما أخذه من الربح ورأس المال على تلك النسبة وهذا التوجيه فاسد من وجوه (الاول) أنهما اذا اتفقا على ان المأخوذ محسوب من الربح كان كذلك لان التمييز اليهما والمال منحصر فيهما والاذن اذا وقع على تقدير تمييز منوط بتراضيهما لم يكن لعدم تأثيره وجه (الثاني) انه لو كان يدخل في ذلك شيء من رأس المال ما جاز للعامل التصرف فيه لان المالك لم يأذن الا في التصرف في الربح ولم يقع التراضي والاتفاق الا عليه (الثالث) كيف يستقر ملك العامل على ما في يده من الربح مع اتفاقهما على كونه وقاية وعلى بقاء المعاملة (الرابع) ان العامل لا يملك شيئا من المال فكيف يتوقف رده على ظهور الخسران (الخامس) انه مخالف لما سمعته عن جميع من تعرض لهذا الفرع واما حمله وقياسه على اخذ المالك فلم يصادف محله لان المالك لم يأخذ ذلك على وجه القسمة وانما أخذ ما بيده ملكا له لكن لما كان فيه ربح وكان شائعا دخل فيه جزء من الربح على نسبة المأخوذ كما تقدم بيانه ولا كذلك العامل فانه لا يأخذ الا من الربح ولا يقاسم الا عليه فلا يناقض ما سلف ﴿ قوله ﴾ ﴿ ولو امتنع أحدهما من القسمة لم يجبر عليها ﴾ كما في المبسوط وجامع الشرائع وفي (الشرائع والمسالك والكفاية) انه ان امتنع المالك لم يجبر عليها وفي (التذكرة والتحرير وجامع المقاصد) انه اذا أراد احدهما قسمة الربح مع بقاء المضاربة فامتنع الآخر لم يجبر عليها والقيد ببقاء المضاربة مراد المبسوط وماذكر بعده جزما بل كلام المبسوط صريح في ذلك عند بيان الوجه في عدم اجبار احدهما قال لانه ان كان المطالب هو العامل لم يجبر المالك لانه يقول الربح وقاية لرأس المال فلا تأخذ شيئا من الربح قبل ان آخذ رأس مالي وان كان رب المال لم يجبر العامل لانه يقول متى قبضت شيئا من الربح لم يستقر مالي لان المال قد يخسر فيلزمني رد ما أخذت قلت ولعله اخرج وصرف ماوصل اليه فيحتاج الى غرم ماحصل له بالقسمة وذلك ضرر بل توجه المطالبة ضرر هذا واذا اتفقا على فسخ المضاربة وطالب أحدهما بالقسمة وامتنع الآخر جاءت احكام القسمة ﴿ قوله ﴾ ﴿ ولا يصح أن يشتري المالك من العامل شيئا من مال القراض ولا أن يأخذ منه بالشفعة ولا من عبده القن و يصح من المكاتب ﴾ كما صرح بذلك كله في المبسوط والشرائع والتذكرة والتحرير وجامع المقاصد والمسالك وذكر العبد والمكاتب استطرادا لكن لما ذكرها في المبسوط ذكرها الجماعة والوجه في أنه لا يشتري منه من مال القراض واضح لانه لا يصح أن يشتري الانسان ماله ومثله القول في الاخذ بالشفعة (وقد يقال) انه اذا ظهر الربح يجوز شراؤه منه حقه فلو ظهرت الحاجة

والشريك فيصح في نصيب شريكه والعامل ان يشتري من مال المضاربة وان ظهر ربح بطل البيع في نصيبه منه ﴿ الفصل الثالث في التفاسخ والتنازع ﴾ القراض عقد جائز من الطرفين لكل منهما فسخه سواء نض المال أو كان به عروض (متن)

الى الجبر به احتملت الصحة ويحتمل العدم لان الملك غير تام مراعى بعدم الحاجة الى الجبر به وعلى الجواز والصحة لو ظهرت الحاجة الى الجبر به يلزم العامل رد قيمة ما أخذ كما لو كان باعها لغير المالك وأتلفها ويجيء مثل ذلك في الاخذ بالشفعة اذا ظهر الربح وأما عدم صحة شرائه من عبد القن فلان ما بيده مال سيده وحكى في المبسوط قولا هو لبعض الشافعية ان المأذون اذا ركبته الديون جاز للسيد الشراء منه لانه لا حق للسيد فيه وأنما هو حق الغرماء وفساده ظاهر اذ ذلك لا يخرج عن ملك السيد كتعلق حق الغرماء بمال المفلس ثم السيد أخذ ذلك بقيمته لانه احق بماله مع بذل العوض الا ان ذلك لا يعد بيعا كما يأخذ العبد الجاني و يبذل قيمته وأما انه له ان يشتري من المكاتب فلأن سلطانه قد انقطع عنه فما بيده ملك له ولذلك لو اعتق لم يكن للمولى مما في يده ولا فرق في ذلك بين المطلق والمشروط وان كان الحكم في المشروط أضعف لانه قد يرد في الرق و يجوز أن يأخذ منه بالشفعة كما صرح به في المبسوط وجامع المقاصد ﴿ قوله ﴾ (والشريك فيصح في نصيب شريكه) كما في جامع المقاصد ومعناه انه يجوز الشراء من العامل الشريك لكن يصح في نصيب شريكه لا في نصيب المالك وكذا يأخذ من العامل بالشفعة لو اشترى لنفسه شقصا بشركة المالك ولو كان الذي للمالك من مال القراض ﴿ قوله ﴾ (والعامل أن يشتري لنفسه من مال المضاربة وان ظهر ربح بطل البيع في نصيبه منه) معناه أنه يجوز للعامل أن يشتري لنفسه من مال المضاربة حيث لا ربح كما قربه في التحرير وفي (جامع المقاصد) اما لو لم يكن ثم ربح فان المال لغيره ويجوز شراؤه قطعا وما يتجدد من الربح فهو له انتهى وقد اختلفا في الحكم اختلافا شديداً ولعل عدم الجزم في التحرير لان شراء العامل من دون اذن المالك كلا كشراء الوكيل كما يأتي أولان له تعلقا به أولانه لا يقطع بعدم الربح في القيميات ولا يخفى ان شراءه من المالك أو من نفسه باذنه مع القطع بعدم الربح مما لا ريب فيه وأما اذا كان الربح ظاهراً في وقت الشراء بناء على انه يملك بالظهور فالبطلان في نصيبه في غاية الظهور لانه لا يعقل شراء ملك نفسه وان كان متزلزلا

بسم الله الرحمن الرحيم وبه نستعين

الحمد لله رب العالمين والصلوة والسلام على خير خلقه أجمعين محمد وآله الطاهرين ﴿ قوله ﴾ (الفصل الثالث في التفاسخ والتنازع القراض عقد جائز من الطرفين لكل منهما فسخه سواء نض المال أو كان به عروض) اجماعا كما في مجمع البرهان وبلا خلاف كما فيه ايضا وفي الكفاية والرياض وفي (الغنية) الاجماع على جوازه وان لكل منهما فسخه متى شاء و بذلك صرح في السرائر والتذكرة مراراً وبجميع ما في الكتاب صرح في المبسوط والشرائع والنافع والتحرير والارشاد وشروحه والروضة وصرح بانها جائزة من الطرفين في الوسيلة وغيرها وهو المستفاد من مطاوي كلمات كتب القدماء وبه افصحت عباراتهم عند قولهم لا يلزم اشتراط الاجل وهو قضية كلام كل من قال انها تبطل بالموت ومع ذلك قال في جامع الشرائع انها عقد لازم من الطرفين ولم يحضرني نسخة اخرى اذ لعله غلط من قلم الناسخ

ويفسخ بموت احدهما وجنونه واذا فسخ القراض والمال ناض لاربح فيه أخذه المالك ولا شيء للعامل وان كان فيه ربح قسم على الشرط وان انفسخ وبالمال عروض فان ظهر فيه ربح وطلب العامل بيعه (متن)

لانه قد صرح بأنها تنفسخ بالموت (الا أن تقول) أنه يقول انها كالاجارة عند جماعة كثيرين ﴿ قوله ﴾ (وينفسخ بموت احدهما) كما في المبسوط والجامع والشرائع والنافع وشروحهما والارشاد وشروحه والتبصرة وغيرها معللين بأنها وكالة في المعنى ولعل من تركه اكتفى عنه بقوله انها جائزة من الطرفين وحيث يموت المالك والوارث عالم بان المال عند العامل كان كالوديعة لا يجب ردها والا لكان امانة شرعية يجب ردها فورا أو اعلام الوارث بها كما تقدم بيانه مسبغا في بابي الوديعة (والعارية ظ) وظاهر كلامهم على ما قيل عدم جواز الدفع الى الوارث مع عدم العلم بالانحصار ولا يبعد جواز دفعه الوارث المعلوم وان لم يعلم الانحصار فيه لان الاصل عدم الوارث الآخر مع العلم باستحقاق الموجود ولا يعارضه أصل عدم استحقاق هذا لكل المال لان الاستحقاق حاصل ووجود مانع آخر غير ظاهر وهذا نافع جدا في تقسيم تركة الميت على الديان المعلومين مع عدم العلم بانحصار الغرماء فيهم نعم لا يجوز مع الشك في وجود وارث أو غريم آخر وتمام الكلام في محله ويأتي بقية أحكام المال عند تعرض المصنف لها ﴿ قوله ﴾ (او جنونه) كما في الارشاد والتذكرة وجامع المقاصد والمسالك ومجمع البرهان وزيد في الاربعة الاخيرة الاغماء والحجر عليه لسفه وزيد في التذكرة وجامع المقاصد الحجر على المالك لفلس لان الحجر على العامل للفلس لا يخرجه عن أهلية التصرف في مال غيره بالنيابة لان المالك يخرج بعروض هذه له عن أهلية الاستنابة والعامل عن أهلية النيابة لأنها وكالة في المعنى (وقال في التذكرة)يعتبر في العامل والمالك ما يعتبر في الوكيل والموكل لا نعلم فيه خلافا ﴿ قوله ﴾ (واذا فسخ القراض والمال ناض لا ربح فيه أخذه المالك) كما هو واضح وبه صرح في المبسوط والتذكرة والتحرير وجامع المقاصد والمسالك وفسخ القراض قد يكون بفسخهما أو بفسخ أحدهما أو بعروض فاسخ من موت ونحوه ويجب تقييد العبارة بما اذا لم يكن الفاسخ المالك حتى يستقيم له الجزم بأن لا شيء للعامل لانه سيأتي أنه لو كان هو الفاسخ النظر في استحقاق العامل الاجرة ﴿ قوله ﴾ (ولا شيء للعامل) قد عرفت الحال فيه ويأتي تمامه وقد يكون المراد أن لا شيء له مما ضرب له ﴿ قوله ﴾ (وان كان ربح قسم أيضا على الشرط) هذا ايضا ظاهر اذا حصل الفسخ ونض المال وبه صرح في الكتب الاربعة والمسالك وفيه الاجماع عليه ﴿ قوله ﴾ (وان انفسخ وبالمال عروض فان ظهر فيه ربح وطلب العامل بيعه) أي ففي اجبار المالك على بيعه اشكال كما ستسمع قد جزم في المبسوط بأنه اذا فسخ المالك أو العامل والمال كله او بعضه عروض كان للعامل بيعه سواء لاح فيه ربح أم لا ونحوه ما في جامع الشرائع وموضع آخر من المبسوط وقالا الا أن يأخذه رب المال بقيمته وقضية كلامهما ان المالك يجبر على اجابته (وقال في التذكرة) ان للعامل الامتناع وعدم قبول قول المالك اذا قال له أنا آخذه بقيمته أو قال اعطيك نصيبك من الربح ناضا فانه قد يجد من يشتريه باكثر من قيمته وهو قضية اطلاق قوله في الايضاح الاصح اجبار المالك على اجابته وقد جعل في جامع المقاصد وجوب تمكينه من البيع مقتضى النظر اذا توقف حصول الفائدة للعامل عليه

أو وجد زبونا يحصل له ربح يبيعه عليه اجبر المالك على اجابته على اشكال وان لم يظهر ربح ولا زبون لم يجبر المالك (متن)

واليه مال في المسالك وفي (الروضة) ان كان به ربح فللعامل بيعه ان لم يدفع المالك اليه حقه والا لم يجز الا باذن المالك وان رجي الربح حيث لا يكون بالفعل (قلت) وهو قوي جداً وهو قضية كلام المبسوط وغيره فيما اذا مات المالك كما يأتي لان الموت من جملة أسباب الفسخ فالمسئلتان من واد واحد والوجه في ذلك ان وصول العامل الى حقه حاصل بالقسمة فلا يجبر المالك على بيع ماله ولا يزيد حاله على حال الشريك فانه لا يكلف البيع لاجل شريكه ووجه الاجبار انه يجب تمكينه من الوصول الى حقه وعوض عمله وربما لا يوجد راغب في شراء البعض ولاسيما اذا كان العروض سلفاً أولا يباع الا منقصان والعامل مزية على الشريك لانه يستحق التمكين من الوصول الى عوض عمله وشيء من ذلك لا يقضي بوجوب مخالفة القاعدة القطعية وهو أنه لا يجبر الانسان على بيع ماله لتوقف حصول فائدة الغير عليه على ان الخصم يدعي امكان وصول حقه اليه بالقسمة هذا على القول بانه يملك بالظهور وأما على القول بانه انما يملك بالانضاض او القسمة فنشأ الاشكال من انه لا حق له الآن فلا يستحق التسلط على بيعها وانما له الاجرة ومن انه ماله ان يملك بظهور الربح فله المطالبة بما يتوقف عليه حق الملك كذا قال في جامع المقاصد في توجيه هذا الشق وهو كما ترى ووجهه في الايضاح بانه لا يكون أقل من الجعالة وقد تم العمل بظهور الربح وفسخ المالك فاستحق المحل وهو جزء من الربح وانما يتم بالبيع وهو ايضا كما ترى على انك قد عرفت أنه لا قائل به منا فلا معنى للتعرض له والتفريع عليه وتجشم هذه التكلفات (وقال في جامع المقاصد) ان موضع الاشكال ما اذا طلب العامل البيع في الحال اما اذا طلب تأخيره الى موسم رواج المتاع فليس له ذلك قطعا انتهى وهو كما ترى ﴿ قوله ﴾ (اووجد زبونا يحصل له ربح يبيعه عليه أجبر المالك على اجابته على اشكال) قال في الايضاح الاصح انه يجبر وفي (جامع المقاصد) ان الذي ينساق اليه النظر كما مر وقد سمعت ما في الروضة ومنشأ الاشكال من انه يمكن حصول عوض عمله اليه بالبيع فيجب تمكينه منه ولان ذلك يعد ربحا لان الربح هو الزيادة وقد يكون حصولها بسبب خصوص العين لوجود راغب فيها بالفعل بزيادة عن قيمتها فيجب أن يستحق فيه الحصة لوجودها بالقوة القريبة وان يمكن من البيع الذي يتوقف حصولها بالفعل عليه ومن ان هذه الزيادة لا تعد ربحا وانما هو رزق يساق الى مالك العروض لان حصول الربح اما بزيادة القيمة السوقيه أو بحصول الشراء بذلك اما نفس البذل ولو عد ربحا لم يستحق الربح الى حين الفسخ لا ما يتجدد بعده الا ان تقول أن هذه الزيادة التي هي الربح موجودة بالقوة القريبة فلا تكون كغيرها فليتأمل وفي (جامع المقاصد) أن الزبون بفتح اوله هو الراغب في الشراء كأنه مولد وليس من كلام العرب وهو كذلك لانا لم نجده في تكملة الصغاني ﴿قوله﴾ (وان لم يظهر ربح ولا زبون لم يجبر المالك) كما هو خيرة الشرائع والتحرير وجامع المقاصد وكذا المسالك وقد سمعت ما في المبسوط وجامع الشرائع واضطراب كلام التذكرة فقال في موضع منها وان لم يكن ربح فعلى العامل بيعه اذا طلبه المالك وللعامل أيضا بيعه وان كره المالك وقال بعد ذلك ولو لم يكن في المال ربح ورضي المالك بامساك المتاع فهل للعامل البيع اشكال ينشأ من أنه قد يجد زبونا يشتريه بزيادة فيحصل له ربح ومن أن المالك قد كفاه مؤنة البيع وهو

ولو طلب المالك بيعه فان لم يكن ربح أو كان وأسقط العامل حقه منه فالاقرب اجباره على البيع برد المال كما أخذه (متن)

شغل لا فائدة فيه وهو الاقوى لان المضارب انما يستحق الربح الى حين الفسخ وحصول راغب بزيد انما حصل بعد فسخ العقد فلا يستحقها العامل انتهى ولا تغفل عن توجيه الشق الثاني ﴿قوله﴾ ﴿ولو طلب المالك بيعه فان لم يكن ربح او كان واسقط العامل حقه فالاقرب اجباره على البيع ليرد المال كما اخذه﴾ اذا طلب المالك بيعه من العامل ففي (جامع الشرايع) ان له جبره على بيعه ليأخذ ما له ناضا فقد جزم بانه يجبر غير فارق بين ظهور الربح وعدمه ولا بين اسقاط حقه وعدمه ونحوه ما في موضع من المبسوط وقد جزم في الشرائع بانه لا يجب عليه البيع غير فارق ايضا بين ظهور الربح وعدمه واسقاط حقه وعدمه واستجوده في الروضة (وقال في المسالك) انه اقوى في صورة عدم الربح وجزم في موضع من التذكرة بوجوب بيعه عليه حيث لا ربح كما سمعته آنفا واستشكل في موضع آخر في ذلك حيث لا ربح ونظر في التحرير في وجوبه عليه غير فارق بين ظهور الربح وعدمه فهو متوقف على التقديرين كما هو أي التوقف ظاهر الايضاح وجامع المقاصد في صورة عدم الربح والاظهر انه كما في مجمع البرهان لا يجبر لاصالة براءة ذمته من وجوب عمل عليه لا عوض عليه بعد الفسخ واما قوله صلى الله عليه وآله على اليد ما اخذت حتى تؤدي ففي الاستدلال به نظر اذ الاداء يحصل بالمثل والعوض مع قيام احتمالات في تقدير المحذوف اهو الضمان او الحفظ او الاداء الى غير ذلك كالاستدلال بان التغيير قد حصل بفعله فيجب رده الى مثله لانه (١) انما صدر باذنه فلا يستعقب مشقة ولا ضررا على العامل والقول بان الاذن انما وقع في التصرف فيه بالبيع والشراء وانه اذا اشترى كان عليه ان يبيع أول ممنوع والا لوجب عليه انضاض مازاد على رأس المال اذا كان رأس المال ناضا ولاقائل به سلمنا لكن ذلك مع البقاء على العقد لامع الفسخ فتأمل لكن سيأتي فيما اذا كان المال دينا انه يجبر على جبايته من غير خلاف وهو يقضي بقوة اجباره على بيعه الا ان يدعي وضوح الفرق وأما انه يجبر على البيع اذا اسقط العامل حقه منه فقد جزم به في موضعين من المبسوط وفي (التذكرة والايضاح) انه اقرب وقد سمعت ما في جامع الشرائع ولا ترجيح في جامع المقاصد وقد سمعت ما في الشرائع والتحرير ووجه القرب يستفاد مما سبق ويرد عليه مثل ماسبق هذا ومقتضى قوله هنا واسقط العامل حقه وقوله في التذكرة وقوله في المبسوط تركت حقي لك انه يسقط حق العامل من الربح بالاسقاط والترك مع ان الملك الحقيقي لايزول بالاعراض الا في مثل الشيء اليسير كاللقمة أو التالف كمتاع البحر والحيوان المتروك من جهد وكلال والذي يملك بنابة لو حصلت مثل حطب المسافر ولا يسقط غيرذلك بالاسقاط عند جماعة ولا فرق في الملك بين ان يكون مستقرا أو متزلزلا ويمكن حمل هذه العبارات على ارادة المسقط الشرعي من بيع أو هبة أو صلح فلا تنافي بينها و بين القاعدة لكنه قال في المبسوط فيما اذا قال خذه عرضا فقد تركت حقي لك ان فيه وجهين مبنيين على القولين في ملك العامل حصته فمن قال يملكها بالقسمة قال كان عليه القبول وقد حكى ذلك كله في التذكرة أيضا عن بعض الشافعية وقضية ذلك انه لا يسقط ربح العامل بالاعراض واحتمل في الايضاح سقوطه به وفي (جامع المقاصد) ان هذا الاحتمال ليس بشيء قلت قد بينا في باب

(١) هذا توجيه عدم صحة الاستدلال (منه قدس سره)

وكذا يجبر مع الربح ولو نض قدر رأس المال فرده العامل لم يجبر على انضاض الباقي وكان مشتركا بينهما ولو رده ذهبا ورأس المال فضه وجب الرد الى الجنس واذا فسخ المالك القراض ففي استحقاق العامل اجرة المثل الى ذلك الوقت نظر (متن)

القضاء ان جماعة يقولون بان الاعراض يفيد اباحة التصرف وآخرين انه يفيد الملك اذا نواه و يدعون استمرار الطريقة على ذلك في الحيوانات الكالة وما يخرجه الناقص من البحر من السفينة المنكسرة والدرر والاحجار القديمة والا لوجب الفحص في الاخير عن الوارث أو التصدق به فورا ثم ان عندهم في ذلك خبر الشقيري (١) ﴿ قوله ﴾ ﴿ وكذا يجبر مع الربح ﴾ كما في التذكرة والايضاح والمسالك وقد سمعت ما في المبسوط والوسيلة وجامع الشرائع كما سمعت ما في الشرائع والتحرير واستظهر في مجمع البرهان انه لايجبر وفي (جامع المقاصد) ان المسئلة موضع تأمل وان في الفرق بينه و بين عدم الربح صعوبة و يمكن ان يفرق بانه انما استحق الربح في مقابل العمل المأذون فيه وهو الشراء والبيع فيجب عليه القيام به ولان الانضاض مشقة ومؤنة فلا يذهب بسبب أخذ العامل الحصة وجعل تلك المشقة على المالك وقد يقال على الاول انه انما يتم قبل الفسخ واما اذا صار اجنبيا فلا فتأمل ثم ان طالب هو الربح فلا بد له من الجباية ﴿ قوله ﴾ ﴿ ولو نض قدر رأس فرده العامل لم يجبر على انضاض الباقي وكان مشتركا ﴾ قد صرح بعدم اجباره حينئذ على انضاض الباقي في التذكرة والتحرير وجامع المقاصد والمسالك لان المأخوذ هو رأس المال وهو الذي يجب رده كما أخذه دون الباقي فيقسمانه عروضا وأولى منه لو كان أزيد ولو كان أقل توجه جواز اقتصاره على انضاض قدره لو قلنا باجباره على الانضاض ولو كان الفسخ في جميع هذه الصور من العامل فالحكم كذلك وبه صرح في المبسوط والتحرير والمسالك وهو قضية كلام الباقين الا في الاجرة كما يأتي ان شاء الله تعالى نعم قد يستبعد كثيراً وجوب اجابة المالك له الى بيعه مع ان الفسخ منه (وقال في الكفاية) اذا انفسخ عقد القراض فلا يخلو اما ان يكون فسخه من المالك أو من العامل أو منهما أو من غير جهتهما كالموت أو الجنون ونحوهما وعلى كل تقدير اما ان يكون المال كله ناضا أو قدر رأس المال أو بجميعه عروض أو بعضه بحيث لايكون الناض قدر رأس المال وعلى التقادير المذكورة اما ان يكون قد ظهر ربح بالفعل أو بالقوة فهذه صور المسئلة والنصوص خالية عن احكامها وقد ذكر فيها أشياء لااعرف عليها دليلا صالحا على التعويل انتهى وهي عين عبارة المسالك وقد رقاها فيه الى اثنين وثلاثين وتركها اذا كان المال دينا أو بعضه وقد عرفت ادلة الصور المذكورة في الكتاب من الاصول والقواعد المستفادة من الاخبار ولم يكن عندنا فيها اشكال يوجب التوقف بحيث لايكون أحد طرفيه أقوى أو أقرب أو أظهر أو أشبه ﴿ قوله ﴾ ﴿ ولو رده ذهبا ورأس المال فضة وجب الرد الى الجنس ﴾ كما في المبسوط والتذكرة اذا طلب المالك ذلك وهو مبني على وجوب البيع على العامل اذا طلبه المالك فكل من قال بالوجوب هناك يلزمه القول به هنا وهكذا من منع أو توقف ولهذا مال الى العدم أو قال به في مجمع البرهان ومثله مالو كان الحاصل دراهم ورأس المال صحاحا أو كان نقداً مخالفا لنقد رأس المال ﴿ قوله ﴾ ﴿ واذا فسخ المالك القراض ففي استحقاق العامل اجرة المثل نظر ﴾ كما في التحرير والمسالك ومجمع البرهان والكفاية والمفاتيح ومحل النظر والاشكال في الكتب الستة ما اذا

---

(١) واقفي اسمه امية بن عمر (بخطه قدس سره)

واذا انفسخ والمال دين وجب على العامل تقاضيه وان لم يظهر ربح (متن)

فسخ المالك بعد الشروع في العمل قبل الشراء أو بعده وقبل ظهور الربح كما هو صريح بعضها وينبغي ان يكون ذلك محل النزاع والا فلو اشترى و باع المال ولم يربح شيئا فالظاهر انه لايجب له شيء اذلم يفوت المالك عليه حينئذ شيئا اصلا ولا يجب على المالك ابقاء ماله دائما في يده حتى يربح اذ قد لا يربح وقد يتلف وفيه من الضرر مالا يخفى وجزم بالاستحقاق في عنوان العبارة في الشرائع والنافع والارشاد واللمعة والروض وفي (الايضاح) أنه الاصح واطلق في التذكرة الحكم باستحقاق الاجرة بحيث يتناول ما اذا كان الفاسخ العامل ايضا قال فان فسخا العقد أو أحدهما فان كان قد عمل فان كان المال ناضا ولا ربح فيه كان للعامل أجرة عمله الى ذلك الوقت وكأنه قال بالاستحقاق في جامع المقاصد فيما جعلناه محل النظر والنزاع اعني ما اذا كان الفسخ من المالك بعد الشروع في العمل قبل الشراء أو بعده قبل ظهور الربح وقد قال في الرياض بان استحقاقه الاجرة في هذا الفرض لاخلاف فيه الا من الشهيد الثاني وتبعه المحقق الاردبيلي وغيره فاستشكل في الحكم بالاجرة على تقدير عدم الربح انتهى ثم انه يظهر منه بعد ذلك انعقاد الاجماع على ذلك بل هو صريحه أو كاد يكون صريحه (وفيه) انك قد عرفت قلة المصرح بالاستحقاق مع ان ظاهر الباقين العدم حيث يذكرون أقسام الفسوخ على كثرتها واحكامها ولم يتعرضوا لذكر الاجرة بالكلية مضافا الى ما في الكتاب وما سمعته عن التحرير وجامع المقاصد ممن تقدم على الشهيد الثاني وقد وجهوا الاستحقاق بأنه عمل محترم في مقابلة الحصة على تقدير استمراره الى ان تحصل وهو يقتضي عدم عزله قبل حصولها فاذا خالف فقد فوتها عليه فيجب عليه اجرته كما اذا فسخ الجاعل بعد الشروع في العمل هذا حاصل ما في جامع المقاصد والمسالك على طوله (وفيه) ان مقتضى العقد استحقاق الحصة خاصة ان حصلت لاغيرها كما هو ظاهر وتسلط المالك على الفسخ من مقتضياته أيضا فالعامل عالم قادم على ذلك فلا شيء له والا لنافى كون المضاربة جائزة لان معنى الجواز كما تقدم في الجعالة ان له ابطال العقد من اصله ورفع حكمه واثبات الاجرة واقتضاؤه عدم عزله قبل حصول الحصة يقضي بكونه لازما ولما كانت الجعالة بعد التلبس بالعمل جائزة بالنسبة الى ما بقي لازمة بالنسبة الى ما مضى بمعنى انه يلزمه اجرة ما مضى مع الفسخ بالنسبة الى المجموع من العوض المبذول لا اجرة المثل عند جماعة فهي عندهم بالنسبة الى ما مضى لازمة لزوما حقيقيا كان عليه اجرة المجعول له والا لزم أن لا يقدر أحد على اتمام عمل شيء يجعل ولزم ان يكل الانسان أكثر عمله بغير عوض ولم يثبت مثل ذلك في المضاربة نعم قد يتصور ان له الاجرة اذا كان العقد مؤجلا باجل وفسخ المالك قبله وكان مما يتوقع فيه الربح في آخر تلك المدة ومما ذكر يعلم حال اطلاق كلام التذكرة وان المسئلة في كلامهم غير محررة فليلحظ ﴿قوله﴾ ﴿ وان انفسخ والمال دين وجب على العامل تقاضيه وان لم يظهر ربح ﴾ كما هو صريح المبسوط وجامع الشرائع والتذكرة والتحرير وكذا جامع المقاصد وهو قضية اطلاق الوسيلة بالنسبة الى عدم الربح وكذا المالك وفي (الشرائع والارشاد والروض) ان عليه جباية السلف وحاصل كلام الجميع انه اذا اذن له في البيع نسيئة او في الاسلاف وجب عليه جبايته وظاهرهم أنه لا مجال هنا لاحتمال العدم لكن قد حكي عن حواشي الشهيد احتماله وقد قال المولى الاردبيلي انه الظاهر وجه الوجوب ان مقتضى المضاربة رد رأس المال على صفته والديون لا تجري مجرى المال وان الدين ملك

ولو مات المالك فلورثته مطالبة العامل بالتنضيض وبجديد عقد القراض ان كان المال ناضا والا فلا (متن)

ناقص والذي أخذه كان ملكا تاما فليؤد كما أخذ لظاهر الخبر ووجه العدم منع كون مقتضى المضاربة كما ذكر والحال ان الاداءة باذن المالك مع اصل براءة الذمة من وجوه عليه وضعف بان اذن المالك فيه انما كانت على طريق الاستيفاء بدلالة القرائن ولاقتضاء الخبر ذلك انتهى فتدبر في اقتضاء الخبر ومما ذكر يظهر قوة القول باجباره على بيعه ومن قال به ثمة فبالاولى أن يقول به هنا واذا ادعى العامل بعد الفسخ ان فيه ربحا او قطعا بوجوده فهل له ان يجبر المالك على تسليطه على جبايته احتمالان والجواز غير بعيد بل قد يقال انه يتعين عليه اجابته في الفرض الثاني لان الربح المشترك يجوز قبضه بدون اذنه الا ان للمالك ان يعين معه ناظرا او مشرفا ﴿ قوله ﴾ (ولو مات المالك فلورثته مطالبة العامل بالتنضيض) قضية كلامه أنه تجب عليه اجابتهم و به صرح في جامع الشرائع قال فللوارث الزامه بالبيع وفي (المبسوط والشرائع والتذكرة) كان للعامل بيعه لكن قال في الشرائع الا ان يمنعه الوارث وهذا الاستثناء ظاهر المبسوط أو صريحه وقضية كلامهم أنه لا يجب على الوارث اجابته وقد فهم صاحب جامع المقاصد من عبارة التذكرة هذه حيث ترك فيها الاستثناء أنه تجب على الوارث اجابته وفي (التحرير) هل للعامل اجباره على البيع فيه ما تقدم ومن الغرائب ان نسخة المبسوط في المسئلة غير نقية عن السقط كما ان بقية ما عندنا من نسخ التحرير قد سقط ذلك منها (وقال في الشرائع) بعد قوله كان للعامل بيعه الا ان يمنعه الوارث وفيه قول وهذا القول وهو ان ليس للعامل بيعه وان لم يمنعه الوارث لأنه حق الغير لم نجده لاحد منا وانما حكاه في التذكرة وجها للشافعية ونفى عنه البأس في التذكرة وفي (المسالك) أنه متوجه وهذا من التذكرة يقضي بالتردد في وجوب اجابة الوارث العامل الى البيع لا كما فهمه آنفا منه في جامع المقاصد وقد سمعت كلامهم فيما اذا انفسخ العقد والمال عروض وقد ظهر ربح وطلب العامل بيعه فان في المبسوط والجامع والايضاح وكذا التذكرة انه يجبر المالك على اجابته وفي (الشرائع والتحرير) انه لا يجبر وهذه من سنخ تلك لان الموت من جملة اسباب الفسخ كما نبهنا عليه هناك وكلام المبسوط هناك يخالف ما يفهم منه هنا وقد سمعت كلامهم فيما اذا طلب المالك بيعه ولا ربح حيث اختلفوا في انه له اجبار العامل على بيعه حينئذ أشد اختلاف كما عرفت ان الاكثر على انه له ذلك اذا كان فيه ربح والمسئلتان من سنخ واحد ولهذا قيل في التذكرة وجامع المقاصد والمسالك ان الحكم هنا كالحكم فيما اذا حصل الفسخ في حال الحيوة (قلت) والدليل الدليل والتفصيل التفصيل ولعله لذلك لم يتعرض الاكثر لذلك ولم يتعرض المصنف للتفصيل ﴿ قوله ﴾ (وتجديد عقد القراض ان كان المال ناضا والا فلا) كما صرح بالحكمين في المبسوط والتذكرة وجامع المقاصد (اما الاول) فظاهر (وأما الثاني) فلان انشاء عقد القراض انما يصح اذا كان المال دراهم او دنانير (وقال في التذكرة) اذا أراد الوارث والعامل الاستمرار على العقد لم يكن لهما ذلك سواء كان المال حين موت المالك او عروضا وظاهره انه لا خلاف في الاول منا ولا من العامة وظاهره في الثاني الاجماع منا حيث قال عندنا وقال انه أظهر وجهي الشافعية واحدى الروايتين عن أحمد وفي الوجه الآخر والرواية الاخرى أنه يجوز تقرير الوارث عليه لانه استصحاب قراض قد ظهر فيه جنس المال وقدره فيجز يان على موجبه وصريح

ولو مات العامل فللمالك تقرير وارثه على العقد ان كان المال نقداً والا فلا وهل ينعقد القراض هنا بلفظ التقرير اشكال واذا مات المالك قدمت حصة العامل على غرمائه ولو مات العامل ولم يعرف بقاء مال المضاربة بعينه صار ثابتا في ذمته وصار صاحبه اسوة الغرماء على اشكال (متن)

صاحب جامع الشرائع جواز الاستمرار اذا كان عروضا قال وان طلب العامل اقراره على المضاربة جار لان رأس المال ثمن وحكمه باق لان العامل يبع السلع لايفاء رأس المال ومعناه ان المنع في العروض انما كان لانه يحتاج عند انقضاء القراض الى رد مثلها او قيمتها وذلك يختلف باختلاف الاوقات وهذا المانع غير موجود هنا لان رأس المال غير عروض وحكمه باق فان العامل ان يبيعه ليسلم رأس المال وهو جيد لولا مخالفته الاجماع ولا يضره ما اذا كان في العروض ربح اوخسران (وعساك تقول) لا اجماع والا لما قال في المبسوط القول بعدم جواز الاستمرار اقوى اذ لو كان هناك اجماع لجزم به (لانا نقول)ان الاجماع معلوم لان الانفساخ بالموت اجماعي فلا بد من تجديد عقد وعدم جوازه على العروض اجماعي فلا معنى لقوله في المبسوط انه الاقوى فتأمل هذا وتجديد العقد عليه اذا كان ناضا لا يفرق فيه بين كونه بعد القسمة أو قبلها والحال ان هناك ربح لانه يجوز القراض على المشاع فيكون رأس المال وحصته من الربح رأس المال ﴿ قوله ﴾ ﴿ ولو مات العامل فللمالك تقرير وارثه على العقد ان كان المال نقدا ﴾ المراد من تقريره انشاؤه وتجديده لانه من المعلوم بطلانه بموت أحدهما كما انه من المعلوم أنه اذا كان المال نقدا تجوز مقارضة الوارث وغيره ﴿ قوله ﴾ ﴿ والا فلا ﴾ أي وان كان عروضا لا يجوز انشاء العقد وتجديده مع وارثه وفي (المبسوط) انه لا يجوز قولا واحداً (قلت) وقد عرفت في فرض موت المالك أنه يجوز للوارث تقرير العامل في احد الوجهين واحدى الروايتين ولعل الفرق ان الركن في القراض من جانب العامل العمل وهو يفوت بموته ومن جانب المالك المال وهو باق بعينه غير أنه انتقل الى الوارث وان العامل ما اشترى الا ما يسهل عليه بيعه ولا كذلك وارثه ﴿ قوله ﴾ ﴿ وهل ينعقد القراض هنا بلفظ التقرير اشكال ﴾ أصحه أنه لا ينعقد و به جزم في التذكرة لان العقد الاول قد ارتفع فلا بد من لفظ صالح للابتداء والتقرير وقوله منشأ تركتك او اقررتك على ما كنت عليه يشعر بالاستدامة فتكون هذه كنايات ومجازات والعقود لا تنعقد بها ووجه الانعقاد ان القراض من العقود الجائزة ينعقد بكل لفظ يدل على المراد وهو الاستنابة في التصرف على النحو المعروف وفي (جامع المقاصد)ان فيه قوة و يشهد له ان الوكالة تنعقد بكل لفظ مع انها تنجر الى لزوم التصرف كبيع الوكيل ونحوه فلا يبعد بناء استحقاق الحصة هنا ولزومها على الانعقاد بكل لفظ ثم انه ممن يذهب الى ان المجازات القريبة ينعقد بها العقود اللازمة وقد تقدم لنا في باب الوديعة ما يظهر منه الحال في المقام ﴿ قوله ﴾ ﴿ واذا مات المالك قدمت حصة العامل على غرمائه ﴾ كما في التذكرة وجامع المقاصد وفي الاخير ان الظاهر انه لاخلاف فيه (قلت) وان قل المصرح به لانا ان قلنا أنه انما يملك بالقسمة فلانه حق يتعلق بعين المال لا بالذمة لانه ملك ان يملك فتعلق حقه بالعين فكان مقدماً كحق الجناية ولانه متعلق بالمال قبل الموت فكان اسبق كحق المرتهن وان قلنا أنه يملك بالظهور فالوجه في غاية الظهور لانه شريك ليس للمالك من نصيبه شيء ﴿ قوله ﴾ ﴿ولو مات العامل ولم يعرف بقاء مال المضاربة بعينه صار ثابتا في ذمته وصار صاحبه اسوة الغرماء على

اشكال ﴾ قد فهم ولده وابن اخته ان الاشكال في اصـل الضمان وثبوته في ذمته و يشـهد له قوله في التحرير ففي اخذه من التركة اشكال وفي (جامع المقاصد) ان المتبادر من العبارة ان الاشكال في كون صاحبه اسوة الغرماء او يقدم بقدر المال (وفيه) انه بعد قوله صار ثابتا في ذمته لا يتبادر منه ما ذكروه هذا هو الذي دعى الفاضلين الى جعل الاشكال في أصل الضمان ثم لو صار ثابتا في الجملة اتجه ما قال ولو وجهوا الاشكال اليها كان اولى فليتأمل وقد بينوا منشأه على الاول بأنه ينشأ من اصالة بقاء المـال الى ان يعلم تلفه من غير تفريط والفرض انه لم يعلم ولعموم على اليد ما اخذت ومن انه امانة والاصل عـدم التفريط فلا يكون مضمونا والاصـل براءة الذمـة ايضاً ولم يوجد بعينه ولم يعلم كونه في التركة والاصل عدمه واصالة بقائه لا يقتضي كونه من جملتها فلا يستحق صاحبه شيئا منها (وأنت خبير) بأن الوجه الاول ان تم قضى بتقديم صاحب مال المضاربة على الغرماء لانه ليس بدين حتى يكون محله الذمة بل هو في جملة ماله لكنه لم يعلم عينه فيكون مالكه كالشريك الا ان تقول ان الضمان وجعله اسوة الغرماء لتقصيره بعدم الايصاء به وعدم البيان فصار حكمه حكم التالف كما ستعرف و بين في جامع المقاصد منشوءه على الوجه الثاني بانه ينشأ من اصالة بقائه فاذا لم يعلم عينه كان صاحبه كالشريك ومن ان العامل يصير ضامنا بترك الوصية فاذا لم توجد العين كان ذلك بمنزلة التالف اذ لا اقل من ان يكون الضمان للحيـلولة فيصـير صاحبه من جمـلة الغرماء (وكيف كان) فالضمان هنـا وصـيرورة مال المضاربة ثابتا في ذمته وصيرورة صاحبه اسوة الغرماء ظاهر النافع والتذكرة وكذا جامع الشرائع حيث قال فيه وكان عليه السلام يقول من مات وعنده مال مضاربة ان سماه بعينه قبل موته فقال هذا لفلان فهو له وان لم يذكره فهو اسوة الغرماء وهو متن خبر السكوني المروي في التهذيب والفقيه وقـد روى بهذا المتن عنهما في الوافي والوسائل وقد ذكر في الاولين معنى الخبر من دون زيادة ولا نقصان وعدم الضمان ظاهر الشرائع وقد قواه في المسالك واليه مال أو قال به في الكفاية (وقال في النهاية) ومن كان عنده أموال الناس مضاربة فمات فان عين ماعنده أنه لبعضهم كان على ماعـين في وصيته وان لم يعين كان بينهم بالسوية على ماتقتضيه رؤس أموالـهـم (وقال في السرائر) وقد روى ان من عنده أموال الناس وساق كلام النهاية حرفا فحرفا وقال أورد ذلك شيخنا أبو جعفر في نهايته وهذا اذا احقق وقامت البينة برؤس الاموال أو تصادق أصحاب الاموال والورثة وكان في المال ربح وكانت الاموال مختلطة غير متميز مال كل واحد من غـيره فان كان خسران وكان الخلط بغير اذن أرباب الاموال فان الخسران على الخالط لها لانه فرط في الخلط وهذا تحرير الرواية انتهى وهو كما ترى وقـد دقق النظر فتدبر وأورد في الشرائع معنى الرواية على مافي النهاية مع مخالفة من جهـة أخرى قال اذا مات وفي يده أموال مضاربة فان علم مال احدهم بعينه كان أحق به وان جهل كانوا فيه سواء وان جهل كونه مضاربة قضي به ميراثا (وقال في المسالك) في بيانها ان معنى استوائهم في ذلك المال انه يقسم بينهم على نسبة أموالهم لا ان يقسم بالسوية هذا اذا كانت أموالهم مجتمعة في يده على حده واما اذا كان المال ممتزجا مع جملة ماله مع العلم بكونه موجودا فالغرماء بالنسبة الى جميع التركة كالشريك وان وسعت التركة أموالهم أخـذوها وان قصرت تحاصوا انتهى و بذلك فسر في الرياض عبارة النافـع وهو غريب والاظهر ان كلام النهاية وما واقها غير المتبادر من الخبر مع مافي آخر كلام المسالك من النظر اذ حرمان الورثة مع قصور التركة عن أموالهم أو مساواتها لها مع فرض وجود مال المورث موقوف

وان عرف قدم وان جهلت عينه واذا تلف المال قبل الشراء انفسخت المضاربة فان اشترى بعد ذلك للمضاربة فالثمن عليه وهو لازم له سواء علم بتلف المال قبل نقد الثمن او جهله (متن)

على أنه تعدى أو فرط لانه أمين لا يضمن التالف الا مع التعدي أو التفريط وقد تقدم في باب الوديعة انه لو قال عندي ثوب ومات ولم يوجد في التركة ثوب أنه يضمن الثوب في تركته كما هو صريح المبسوط وقد حكى في التذكرة والايضاح وجامع المقاصد عن أكثر علمائنا ونسبه فخر الاسلام الى نص الاصحاب وفي (المسالك والكفاية) أنه المشهور وقد استدل لهم بالخبر المذكور أو احتمل أنه دليلهم اذ لا فرق بين الوديعة والمضاربة في ذلك والشهرة المحكيه هناك تجبر سنده وقد استشكل في الضمان فيما اذا كانت عنده وديعة في حياته ولم توجد بعينها ولم يعلم بقاؤها وهي من سنخ مسئلتنا وقال في (الشرائع) اذا اعترف بالوديعة ثم مات وجهلت عينها قيل تخرج من أصل تركته ولو كان له غرماء وضاقت التركة عليهم حاصهم المستودع وفيه تردد وتردده يحتمل ان يكون في أصل الضمان وان يكون في كيفيته بمعنى هل يضرب مع الغرماء أو يقدم عليهم كما تقدم بيان ذلك مسبغا في باب الوديعة وقد نقلنا هناك بعض كلماتهم هنا (وقال في جامع المقاصد) أنه ان علم بقاء المال في جملة التركة ولم تعلم عينه بخصوصها فصاحبه كالشريك وان علم تلفه بتفريطه أو نقله الى مكان آخر بغير اذن المالك حيث يتوقف على الاذن أو علم بقاؤه الى زمان الموت ولم يعلم الحال بعد ذلك وقصر العامل بترك الوصية فصاحبه اسوة الغرماء لثبوت العوض حينئذ في ذمته وعليه تنزل الرواية وان لم يعلم كون المال في جملة التركة ولا وجد سبب يقتضي الضمان فلا شيء للمالك وقد جعل ذلك في باب الوديعة مقتضى النظر وجعله هنا تحقيقا وهو جيد موافق للضوابط لولا الخبر المنجبر سندا ودلالة بالشهرة هناك فتدبر فلك ان تقول ان الخبر دلنا على ان سبب الضمان اخلاله بالواجب وهو ترك التعيين والايصاء به الا ان تقول ان الاصل في فعل المسلم والظاهر من حاله ان لا يخل بواجب ولذلك ترددوا أو استشكلوا هناك وقال في (التذكرة) هناك وان الذي يقتضيه النظر عدم الضمان والذي عليه فتوى أكثر علمائنا ومن الشافعية الضمان انتهى ﴿ قوله ﴾ (وان عرف قدم وان جهلت عينه) أي وان عرف بقاء مال المضاربة قدم صاحبه على الغرماء وصار كالشريك وان جهلت عين المال بخصوصها والوجه في الجميع واضح ﴿ قوله ﴾ (واذا تلف المال قبل الشراء انفسخت المضاربة) كما في الخلاف والمبسوط في اثناء كلام له فيما والتذكرة والتحرير وجامع المقاصد والمسالك لانه اذا تلف المال قبل الشراء لم يبق للمضاربة موضوع ولا متعلق والتقييد بقبل الشراء لا بد منه لان تلفه اذا كان بعده وكان قد أذن له في الشراء لها في الذمة لم تنفسخ به ووجب على المالك الثمن كما مر ويأتي ﴿ قوله ﴾ (فان اشترى بعد ذلك للمضاربة فالثمن عليه وهو لازم له سواء علم بتلف المال قبل نقد الثمن أو جهله) كما صرح بذلك كله في التذكرة وجامع المقاصد وكذا الخلاف والمبسوط والتذكرة وقد احتمل ذلك في التحرير احتمالا قال احتمل القول بوقوع الشراء للعامل ووجوب الثمن عليه لانفساخ القراض ولعله اشار بالاحتمال الى احتمال البطلان اذا لم يجز رب المال لان الظاهر أنه اشترى للمضاربة خصوصا اذا جهل التلف فيكون كما اذا صرح في العقد بان الشراء للمضاربة فانه يجب ان يكون باطلا اذا لم يجزه المالك وينبغي تقييد العبارة كما في الارشاد بما اذا لم يصرح بذلك في العقد والوجه في ذلك حينئذ

ولو اجاز رب المال احتمل صيرورة الثمن عليه وبقاء المضاربة فان اشترى للمضاربة فتلف الثمن قبل نقده فالشراء للمضاربة وعقدها باق وعلى المالك الثمن (متن)

ان انفساخ عقد المضاربة يمنع وقوع البيع لها والجهل بالحال لايقدح في المنع ﴿ قوله ﴾ (ولو أجاز رب المال احتمل صيرورة الثمن عليه وبقاء المضاربة) ونحوه ما في التذكرة قال ولو أجاز احتمل ان يكون قراضا كما لو لم يتلف المال وعدمه كما لو لم يأخذ شيئا من المال (وقال في الايضاح) في توجيه صيرورة الثمن على رب المال أنه اشتري للمضاربة والشراء للمضاربة هو الشراء للمالك لأنها وكالة في الابتداء ثم تصير وكالة في الاثناء وشركة في الاثناء وشركة في الانتهاء وقد اجازه المالك لكن لاتكون مضاربة وقال في توجيه عدم صيرورته عليه ان المال ثبت ابتداء على العامل والثمن له فلا ينتقل الا بعقد مستأنف وان المضاربة انفسخت بالتلف فصاركما لو اشترى قبل قبض شيء المضاربة وأجاز المالك ونحوه ما عن كنز الفوائد وفي (جامع المقاصد) ان فيه نظرا لأنه يوجب ان يبطل الشراء أصلا ورأسا لأنه انما وقع للمضاربة اذ هو المفروض فان لم يصح لها لم يصح أصلا غاية ما في الباب أنه اذا لم يصرح في العقد بالشراء للمضاربة لم يقبل قوله على البائع ولاريب ان الحكم بلزوم الثمن له مناف لبطلان البيع وقد جزم به المصنف فينبغي البطلان ويلزم حينئذ صيرورة الثمن على المالك بالاجازة لان الشراء انما وقع له لامتناع وقوع الشراء للمضاربة من دون كونه للمالك وامتناع المضاربة لايقدح في صحة الشراء والالم يقع للعامل مع عدم اجازة المالك قلت فيكون التوقف والاحتمال في بقاء المضاربة ولا شك في ضعفه لان ذلك لايعد استئناف عقد ولاتتحقق المضاربة بدون العقد ﴿ قوله ﴾ (فان اشترى للمضاربة فتلف الثمن قبل نقده فالشراء للمضاربة وعقدها باق وعلى المالك الثمن) هذا هو الاقوى كما في المبسوط والتحرير والمسالك وبه جزم في المهذب والسرائر والتذكرة والارشاد) وجامع المقاصد والروض ومجمع البرهان وكذا الايضاح وفي (المبسوط والمهذب والسرائر والتحرير والارشاد) أنه يلزم صاحب المال عرض التالف دائما وهو قضية كلام الباقين وفي (التذكرة والتحرير) والكتاب والارشاد وما تأخر عنها تقييد ذلك بما اذا كان اذن له في الشراء في الذمة وعليه ينزل كلام المبسوط وما تأخر عنه (وقال في الشرائع) قيل يلزم صاحب المال عنه دائما ويكون الجميع رأس ماله وقيل ان كان اذن له في الشراء في الذمة فكذلك والا كان باطلا ولا يلزم الثمن أحدهما ولم يرجح وقوى في الخلاف ان المبيع للعامل والثمن عليه ولا شيء على رب المال وبه جزم في المقنعة وجامع الشرائع وهو أحد اقوال الشافعية ومثلوه بما اذا قصد الحج عن غيره فانه يصح الاحرام عنه فاذا أفسده الاجير صار عنه وقال في المختلف ان كان اذن له في الشراء في الذمة فالقول ما قاله في المبسوط وان لم يكن اذن فالقول ما قاله في (الخلاف) كما تقدم فيما سلف وقال مالك ان المالك يتخير بين ان يدفع ألفا أخرى وتكون رأس المال دون الاولى وبين ان لايدفع ويكون الشراء للعامل وهذه الاقوال الثلاثة للعامة وقد رتب خلافهم في ذلك في التذكرة على ما اذا كان قد اذن له في الشراء في الذمة وملاحظة كلامهم تقضي بذلك فالتفصيل الذي في الشرائع ليس لاحد منا ولا من العامة لان اقوال المسئلة أما منزلة على أنه اذن له في الشراء في الذمة أولا لجعل الشراء في الذمة في مقابلة القول بأنه يلزم صاحب المال الثمن دائما من متفرداته (وقال في المسالك) ان القول الثاني الذي حكاه في الشرائع لابن ادريس وكأنه عول على ما استسمعه عن

وهل يحسب التالف من رأس المال نظر هذا ان كان المالك اذن في الشراء في الذمة والا كان الثمن لازما للعامل والشراء له ان لم يذكر المالك والا بطل البيع ولا يلزم الثمن احدهما (متن)

المختلف والا فقد سمعت ما حكيناه عن السرائر قال لا فصل بين ان يهلك المال قبل التصرف أو بعده وقبل الربح فالكل هالك من مال رب المال فوجب ان يكون الهالك أبدا من الربح لا من رأس المال انتهى وكلامه هذا لم يظفر به في المختلف والا لنقله والذي نقله من كلامه في مقابلة كلام الشيخ وغيره لا يدل على مذهب له في المسئلة وانما دل على انه لم يرتض كلام الشيخ في الخلاف (قال في السرائر) بعد ان حكى كلام الخلاف لا يخلو اما ان يكون المضارب اشترى العبد بثمن في الذمة لا معينا أو بثمن معين فان كان الاول فالعبد للمضارب دون مال المضاربة ويجب على العامل ان يدفع ثمن العبد من ماله والبيع لا ينفسخ وان كان الثاني فان البيع ينفسخ ويكون العبد ملكا لبائعه على ما كان دون العامل ودون رب المال فهذا تحرير المسئلة وما ذكره شيخنا اختيار ابي العباس بن شريح انتهى لكنه ينبغي ان تقول انه يلزمه انه ان كان اذن له في الشراء في الذمة ان الثمن يلزم رب المال وعلى كل حال فلا يجديني رده على الشيخ بذلك بل الواجب ان يفصل بين ما اذا كان اذن له في الشراء في الذمة وعدمه كما تقدم نقله عن المختلف وغيره ولو اعتذر عن المحقق بان القولين بالنسبة الى كون المجموع رأس المال فمع وضوح فساده لا يتم لصاحب المسالك أيضا لان ابن ادريس ممن يجزم بان الجميع من رأس المال ثم اعلم ان كلام المبسوط لا يخلو عن تشويش وزيادة ايضاح مع اطناب لانه ذكر المسئلة مرتين من دون فاصلة فلا يتوهم ان هناك مسئلتين وان الموضوع مختلف قال اذا دفع اليه الفا قراضا فاشترى به عبدا للقراض فهلك الالف قبل ان يدفعه بثمنه قال قوم ان المبيع للعامل الى ان قال وقال قوم المبيع لرب المال على رب المال وهما معاً رأس المال وهو الاقوى وقال قوم رب المال بالخيار الى ان قال اذا سرق المال قبل ان يدفعه في ثمن المبيع قال قوم يكون المبيع للعامل والثمن عليه وفي الناس من قال اذا تلف المال فلا يخلو من أحد أمرين اما ان يتلف قبل الشراء أو بعده فان تلف قبل الشراء مثل ان اشترى السلعة والثمن في بيته فسرق قبل الشراء فالمبيع للمشتري وان كان التلف بعد الشراء كان الشراء للقراض ووقع الملك لرب المال واطال في بيانه الى ان قال وقال قوم ان المبيع للعامل وأطال في بيانه (وكيف كان) فالوجه فيما في الكتاب وما وافقه ان هذا الشراء حين صدوره كان للمضاربة وكانت متحققة فلا يبطل عقدها بتلف المال من بعد وقد تعلق بالمبيع وانتقل الى المالك فوجب عليه ثمنه وقد تقدم الكلام في ذلك مسبغا في المطلب الرابع في موضعين منه ﴿ قوله ﴾ ﴿ وهل يحسب من المال نظر ﴾ قد تقدم له في المطلب الرابع ان فيه اشكالا كما تقدم لولده في الايضاح عدم الترجيح أيضا وقد حكينا احتسابه من رأس المال هناك عن اثني عشر كتابا أولها المبسوط وآخرها المفاتيح وحكينا عن المقدس الاردبيلي القول بعدم الاحتساب أو الميل اليه وذكرنا الادلة للطرفين واسبغنا الكلام في المسئلة واطرافها ﴿ قوله ﴾ ﴿ هذا اذا كان المالك اذن في الشراء في الذمة والا كان الثمن لازما للعامل والشراء له ان لم يذكر المالك والا بطل ولا يلزم الثمن أحدهما ﴾ ونحوه ما في التذكرة والارشاد وشرحه ولعل البطلان مبني على القول ببطلان الفضولي أو يراد به عدم ترتب اثره عليه في الحال بل يقع موقوفا على الاجازة قال فخر الاسلام الفقهاء يستعملون لفظ البطلان تارة في رفع اللزوم وكيف كان فان ذكر المالك لفظا في العقد

ولو اشترى بالثمن عبدين فمات احدهما كان تلفه من الربح ولو ماتا معاً انفسخت المضاربة لزوال مالها اجمع فان دفع اليه المالك شيئاً آخر كان الثاني رأس المال ولم يضم الى المضاربة الاولى وينفذ تصرف العامل في المضاربة الفاسدة بمجرد الاذن كالوكيل والربح باجمعه للمالك وعليه اجرة المثل للعامل سواء ظهر ربح اولا الا ان يرضى العامل بالسعي (بالبيع خ ل) مجاناً كان يقول قارضتك والربح كله لي فلا اجرة له حينئذ والعامل أمين لا يضمن ما يتلف الا بتعد او تفريط سواء كان العقد صحيحاً او فاسداً والقول قوله مع اليمين في قدر رأس المال (متن)

ولم يجز بطل البيع ولم يلزم الثمن أحدهما وكذا لو نواه من دون لفظ وصدقه البائع ولم يجز المالك وان كذبه وقع للعامل ظاهراً وينبغي أن يفعل مايخلصه عند الله تعالى وان نوى المضاربة وكانت الاجازة قبل تلف المال وقع للمضاربة والا فلا فتأمل وقد تقدم الكلام في ذلك مراراً واشرنا هناك الى ما هنا ﴿ قوله ﴾ ﴿ولو اشترى بالثمن عبدين فمات أحدهما كان تلفه من الربح﴾ كما تقدم حكاية ذلك عن المبسوط والشرائع والتذكرة والتحرير والايضاح وجامع المقاصد والمسالك وقدبينا وجهه بل ادعينا انه يستفاد من الاخبار وبينا وجه العدم وهو ان العبد التالف بدل الالف فكأنها قد تلفت بنفسها الى ماتقدم عند قوله ولو تلف مال القراض أو بعضه بعد دورانه في التجارة ﴿ قوله ﴾ ﴿ ولو ماتا معاً انفسخت المضاربة فان دفع اليه المالك شيئاً آخر كان الثاني رأس المال ولم يضم الى المضاربة الاولى ﴾ اما الاول فظاهر واما الثاني فلانه قراض مستأنف بعد انفساخ الاول فلا يضم اليه ﴿ قوله ﴾ ﴿ وينفذ تصرف العامل في المضاربة الفاسدة بمجرد الاذن كالوكيل والربح للمالك وعليه أجرة المثل للعامل سواء ظهر ربح أولا الا ان يرضى العامل بالسعي مجاناً كأن يقول له قارضتك والربح كله لي فلا أجرة له حينئذ ﴾ قد تقدم الكلام في ذلك كله وقد استشكل هناك في استحقاق الاجرة اذا رضي بالسعي مجاناً وجزم هنا بالعدم ﴿ قوله ﴾ ﴿ والعامل أمين ﴾ اجماعاً كما في الغنية وبلا خلاف كما يظهر من قوة كلامهم كما في جامع المقاصد وبه صرح في المبسوط والجامع والشرائع والتذكرة والتحرير والارشاد وشروحه واللمعة وجامع المقاصد والمسالك والروضة وفي بعض الاخبار دلالة عليه كما ستسمع ﴿ قوله ﴾ ﴿ لايضمن مايتلف الا بتعد أو تفريط سواء كان العقد صحيحاً أو فاسداً ﴾ اما انه لايضمن الا بتعد أو تفريط فهو قضية قولهم انه أمين وفي (الغنية) الاجماع عليه وبه صرح في اكثر ماتقدم وقد افصحت به ثلاثة أخبار وحسنة محمد بن قيس بابراهيم وموثقه وخبر اسحاق بن عمار ففي الاول من اتجر مالاً واشترط نصف الربح فليس عليه ضمان وفي الثاني ليس على المضاربة ضمان وفي الثالث الوضيعة على المال وفي خبر بن احدهما صحيح فيمن استبضع ليس عليه غرم بعد ان يكون الرجل أميناً فلاتغفل واما انه لافرق بين كون العقد صحيحاً أو فاسداً فللقاعدة المقررة التي تقدم بيانها غير مرة من ان كل عقد لايضمن بصحيحه لايضمن بفاسده وذلك لمكان الاستئمان ﴿ قوله ﴾ ﴿ والقول قوله مع اليمين في قدر رأس المال ﴾ كما في المبسوط وجامع الشرائع والشرائع والنافع والتذكرة والتبصرة والتحرير واللمعة وايضاح النافع والروضة والكفاية وغيرها وفي (الرياض) انه لاخلاف فيه وكأنه لم يظفر بما في الايضاح حيث قال الاصح أن القول قول المالك الا ان يكون هناك

تفريط وتلف فالقول قول العامل بل قد يظهر الخلاف من السرائر حيث قال ومتى اختلف الشريكان أو المضارب والعامل في شيء من الاشياء كانت البينة على المدعي واليمين على المدعى عليه مثل الدعاوي في سائر الاحكام وستسمع ماتحكيه عن المصنف وفي التذكرة عن ابن المنذر انه اجماع كل من يحفظ عنه العلم (وقال في التذكرة) لافرق عندنا بين ان يختلفا وهناك ربح أولم يكن وهو أصح وجهي الشافعية وظاهره الاجماع على ذلك لكن سيأتي له في الكتاب قريبا انهما لو اختلفا في قدر رأس المال فالقول قول العامل مطلقا على اشكال وهو ينافي ماهنا الا ان يريد انه يقدم هنا فيما عدا صورة الاشكال وهي ما اذا كان هناك ربح ولذلك اختير في جامع المقاصد والمسالك تقييد ذلك بصورة عدم ظهور الربح وان القول حينئذ قول المالك لانه يكون الاختلاف حينئذ في قوة الاختلاف في مقدار حصة العامل أو شبهه والقول فيه قول المالك كما ستعرف لتبعية النماء الملك فجميعه له الا ما اقر به للعامل انتهى وهذا له صورتان لاغير (الاولى) ان يختلفا في رأس المال وفي الحصة (والثانية) ان يختلفا في رأس المال ويتفقا في الحصة فان ارادا الاولى كان قولهما يكون الاختلاف حينئذ في قوة الاختلاف في مقدار حصة العامل معناه ان الاختلاف فيهما في قوة الاختلاف في أحدهما خاصة وهو الاختلاف في الحصة وان ارادا الثانية كان معنى قولهما المشار اليه أنه اذا كان ربح كان الاختلاف في رأس المال في قوة الاختلاف في الحصة وان اتفقا فيها لان الاختلاف في الربح لازم لاينفك عن الاختلاف في رأس المال فيكونان كأنهما اختلفا في الحصة لانه لاتلازم بين الاختلاف في رأس المال والاختلاف في الحصة وانما التلازم ظاهرا بين الاختلاف في رأس المال والربح ولعلهما ارادا الصورتين كما هو ظاهر الاطلاق (وقال في الرياض) بعد ان نقل كلامهما هو حسن الا ان في اطلاقهما الحكم بذلك مع ظهور الربح نظرا لعدم التلازم بين الاختلافين اذ قد يختلفان في قدر رأس المال ويتفقان مع ذلك على كون الحصة من الربح مقدارا معينا ولعلهما أرادا ما اذا اختلفا في مجموع مافي يد العامل فادعى المالك أن ثلاثة ارباعه رأس المال والباقي ربح والعامل ان نصفه رأس المال والباقي ربح فانه يتجه ماذكراه وانت قد عرفت انه لاريب في التلازم بين الاختلاف في رأس المال والربح كما انه لاريب في عدمه بين الاختلاف في رأس المال والحصة اما اشكال المصنف فانهما لم يدعيا التلازم بين الاخيرين كما ادعاه عليهما في آخر كلامه بل فرض المسئلة في المبسوط في ذلك اعني الاختلاف في رأس المال في ذلك والاتفاق في الحصة قال فان دفع اليه مالا قراضا فنض ثلاثة الاف فاتفقا على نصيب العامل وانه النصف من الربح واختلفا في رأس المال فقال العامل رأس المال الف والربح الفان وقال رب المال رأس المال الفان والربح الف كان القول قول العامل لان الخلاف وقع في الحقيقة في قدر ماقبض العامل من رب المال فكان القول قول العامل لان الاصل ان لاقبض انتهى فهو صريح في ان الاختلاف في رأس المال مع الاتفاق على مقدار حصة العامل والاصل في المسئلة كلام المبسوط والظاهر ان المحقق الثاني والشهيد الثاني يذهبان في صورة المبسوط الى ان القول قول المالك لمكان التلازم بين الاختلاف في رأس المال والربح وان اتفقا في الحصة فهما يخالفان في الصورتين وان كانت عبارتهما غير متجه ثم ان اشكال المصنف الآتي ليس في محله كما ان كلام الايضاح وجامع المقاصد والمسالك غير محرر اما هو في صورة ما اذا كان هناك ربح مدعيا ان قدر الربح يتفاوت به فاشبه الاختلاف في القدر المشروط من الربح (وفيه) انك قد عرفت الحال في الصورتين ثم انه لا وجه له بعد ظهور دعواه الاجماع في التذكرة على عدم الفرق مع

وتلفه وعدم التفريط وحصول الخسران (متن)

شهادة التتبع لها وقضاء القواعد بذلك مع ظهور الفرق بين الاختلافين فان الاختلاف في القدر المشروط اختلاف في كيفية العقد والاختلاف هنا اختلاف في القبض فيقدم فيه قول نافيه كما لو اختلف المتبايعان في القبض فالقول قول البائع وهذا معنى قضاء القواعد على انما كان في قوة الشيء أومشابها له لا يعطى حكمه الا بالدليل ومنه يعلم حال قوله في الايضاح من تقديم قول المالك الا مع التلف بتفريط فالقول قول العامل مضافا الى انه لا وجه لتقديم قول المالك أصلا مع عدم الربح وأما جامع المقاصد فانه قال في رفع التنافي بين كلامي المصنف ان كلامه هنا فيما عدا صورة الاشكال وهو ما اذا كان ربح وقال عند الكلام على الاشكال أنه اذا كان هناك ربح لا اشكال في ان القول قول المالك لانه ينكر الزائد سواء كان المال باقيا بعينه او تالفا بتفريط وقال اما مع عدم الربح اذا كان المال باقيا او تلف بتفريط ففي تقديم قول ايهما اشكال فجعل الاشكال في صورة عدم الربح وجعل منشؤه من ان العامل منكر الزيادة ومن ان انكاره لزيادة رأس المال يقتضي توفير الزيادة على الربح فتزيد حصته فيكون ذلك في قوة الاختلاف في قدر حصة العامل وهذا يقضي بان هناك ربحا الا ان يحمل على الربح المترتب لكنه لا يتم عند ارادة الفاسخ ثم قال والذي يقتضيه النظر تقديم قول المالك مع الربح مع بقاء العين ومع تلفها وان كان حينئذ غارما لان المالك استحق الجميع قبل التلف الا ما اقر العامل به والضمان تابع للاستحقاق فقد جعل ذلك مقتضى النظر والتدبر وقد نفى عنه اولا الاشكال وجعله واضحا وأما المسالك فانه وان جعل محل الاشكال ما اذا كان هناك ربح لكنه خلط بين أدلة جامع المقاصد لانه في جامع المقاصد جعل الوجه في تقديم قول المالك كذا وفي تقديم قوله مع بقاء العين كذا ومع تلفها كذا وقد سمعت بعض ذلك وقد جعل في المسالك الجميع في توجيه تقديم قول المالك والامر في ذلك سهل لكنه يوهم خلاف المراد مع عدم انتظام الادلة هذا ولا يخفى عليك الوجه في فرضه المسئلة في المبسوط في ما اذا نض المال لانه اذا كان عروضا ولم ينض ولا ربح لا يتصور في المسئلة نزاع (وكيف كان) فالوجه فيما ذكره المطلم ان المالك يدعي عليه قبضا بمعنى أنه اقبضه الزائد وهو ينكره والاصل عدمه والاصل براءة ذمته منه وان المال في يد العامل والقول قول صاحب اليد ﴿ قوله ﴾ ﴿ وتلفه ﴾ كما في المبسوط والمهذب والجامع والشرائع والنافع والتذكرة والتحرير والتبصرة وجامع المقاصد والمسالك والكفاية وفي (الرياض) أنه لا خلاف فيه ولا فرق في ذلك بين دعواه تلفه بامر خفي أو ظاهر ولا بين امكان اقامة البينة عليه وعدمه عندنا كما في المسالك والوجه في ذلك انه أمين كما تقدم مثله غير مرة بل قد تقدم أنه يقبل من الناصب ﴿ قوله ﴾ ﴿ وعدم التفريط ﴾ كما في التحرير والارشاد وشرحيه والتبصرة وجامع المقاصد والكفاية وهو قضية قواعد الباقين لانه منكر ولهذا قال في الرياض أنه لا خلاف فيه ﴿ قوله ﴾ ﴿ وحصول الخسران ﴾ كما في المهذب والشرائع والتذكرة والتبصرة والتحرير والارشاد وشرحيه اي الرياض ومجمع البرهان وجامع المقاصد والمسالك والكفاية وهو في الحقيقة في معنى التلف فيكون مشمولا لكلام المبسوط وما ذكر بعده آنفا وفي (التذكرة) ان هنا اذا كان دعوى الخسران في موضع يحتمل بان عرض في الاسواق الكساد ولو لم يحتمل لم يقبل وقد استحسنه في جامع المقاصد واعتمده في المسالك (قلت) هو حق اذا تحقق عدم احتمال الخسران

وايقاع الشراء لنفسه او للمضاربة وقدر الربح وعدم النهي عن شراء العبد مثلا لو ادعاه المالك والأقرب تقديم قول المالك في الرد (متن)

بالكلية ولو احتمل ولو بعيدا جدا فالقول قوله لانه حينئذ كدعوى التلف بالامر الخفي فتأمل ﴿ قوله ﴾ ﴿ وايقاع الشراء لنفسه او للمضاربة ﴾ كما في المبسوط والمهذب والسرائر والتذكرة والتحرير وجامع المقاصد لان الاختلاف في نيته وهو ابصر بهما ولا يعلم الا من قبله و يتصور ذلك فيما اذا ظهر ربح او خسران فيدعي في الاول الشراء لنفسه وفي الثاني للمضاربة والمالك ينكر ولا تغفل في هذا وما قبله وما بعده عما حكيناه عن السرائر ﴿ قوله ﴾ ﴿ وقدر الربح ﴾ كما في التذكرة والتحرير والارشاد واللمعة وجامع المقاصد والروض والمسالك والروضة ومجمع البرهان وفي (الرياض) انه لا خلاف فيه وكأنه لم يظفر بقوله في الجامع فان اختلفا في الربح قدم صاحب البينة والا تحالفا ولا بما سمعته عن السرائر والاختلاف في الربح يكون في أصله وحصوله كأن يقول ما ربحت شيئا وسينص عليه المصنف فيما يأتي و يكون في قدره (مقداره خ ل) وبه عبر الجماعة عدا التذكرة كأن يقول المالك أنه ربح الفا والعامل مائة (وقال في التذكرة) لو اختلفا في الربح فيشمل الامرين وذلك لانه امين و ينكر الزيادة ولو قال ربحت ثم خسرت او ذهب الربح فانه يرجع الى دعوى التلف وقد قدم قوله في أصل المال فيقدم في ربحه ولو قال ربحت الفا ثم قال غلطت وانما ربحت مائة او تبينت أنه لا ربح هنا او قال كذبت في الاخبار خوفا من انتزاع المال لم يقبل رجوعه لانه أقر بحق عليه ثم رجع فلم يقبل كسائر الاقارير كما يأتي بيانه ﴿ قوله ﴾ ﴿ وعدم النهي عن شراء العبد مثلا لو ادعاه المالك ﴾ كما في المبسوط وجامع الشرائع والتحرير وجامع المقاصد لانه أمين ومنكر والضمير في قوله لو ادعاه يعود الى النهي ﴿ قوله ﴾ ﴿ والاقرب تقديم قول المالك في الرد ﴾ كما هو خيرة التذكرة والتحرير والارشاد والتبصرة والايضاح وجامع المقاصد والروض ومجمع البرهان ولا يقبل قول العامل كما في المهذب والشرائع والنافع وكشف الرموز والمختلف والتنقيح والمهذب البارع وايضاح النافع والمسالك ومجمع البرهان والرياض ونفى عنه البعد في الكفاية وقال انه الاشهر وفي (الرياض) ان عليه عامة من تأخر (وقال في المبسوط) ان الصحيح قبول قول العامل ثم انه قسم الامناء الى ثلاثة أقسام قابض لمنفعة نفسه وقابض لمنفعة مالكه وقابض ليشتركا في النفع وقال ان الاول لا يقبل قوله قولا واحدا والثاني يقبل قوله كذلك والثالث على وجهين فهو في آخر كلامه متوقف ولا ترجيح في التحرير في موضع منه وقد سمعت ما في السرائر (حجة المعظم) ان الاصل العدم وان المالك منكر والعامل مدع وما حكوه عن الشيخ من انه استدل بانه كالمستودع وان في عدم تقديم قوله ضررا عليه فلا أثر له في كلام الشيخ وهو أجل من أن يستدل بهذين اذ الاول قياس والثاني جار في عدم تقديم قول المالك نعم هو عنده ذو وجهين ففي اول كلامه لحظ قوة امانة العامل ثم توقف كما في التحرير وفي (جامع المقاصد والمسالك) انه اذا لم يقبل قول العامل في الرد يلزم تخليده الحبس لانه ان كان صادقا امتنع أخذ المال منه لانه ليس عنده وان كان كاذبا فظاهر حاله انه لا يظهر تكذيب نفسه فيلزم تخليد حبسه في كثير من الصور الا ان يحمل كلامهم على ان الواجب حبسه الى ان يحصل اليأس من ظهور العين ثم يؤخذ منه البدل وقالا انه ليس في كلامهم تنقيح ذلك انتهى (قلت) ما كانوا لينقحوا الفاسد الذي لا وجه له

وفي عدم اذن النسيئة وعدم الاذن في الشراء بشرة وفي قدر نصيب العامل من الربح ولو قال العامل ماربحت شيئا او ربحت القائم خسرت او تلف الربح قبل بخلاف مالو قال غلطت او نسيت (متن)

أصلا اذا المفروض أنه ادعى رد مثل العين التي اخذها من المالك ولا كذلك الحال في العين التي يدعي الغاصب تلفها فانه ان كان صادقا تعذر ردها واما هنا فلا يتعذر رد مثل أحد النقدين سلمنا تصوير ذلك فيما اذا كان عرضا وادعى رده فنيه على ما فيه انا بعد كثرة التتبع لم نجد لاحد من الناس خاصة وعامة كلاما في انه يحبس حتى تحمل كلامه الاول على حصول اليأس فهذا الحبس التي ذكراه لاوجه له أصلا لا من جهة الضوابط ولا من جهة الاخبار أما من جهة القواعد فان ما نحن فيه من أفراد مسئلة المدعي والمنكر عندهم واحتمال الصدق جاز في كل دعوى وأما من جهة الاخبار فقد تقدم في باب الدين أخبار تواردت على معنى واحد وهو ان امير المؤمنين عليه السلام كان يحبس الرجل اذا التوى على غرمائه ثم يأمر فيقسم ماله كما في خبر عمار وبمعناه الاخبار الأخر نعم في صحيح زرارة كان علي عليه السلام كان لا يحبس في السجن الا ثلاثة الغاصب ومن اكل مال اليتيم ظلما ومن ائتمن على امانة فذهب بها لكنه غير معمول به على ظاهره وقد حمله الشيخ على الحبس على سبيل العقوبة او الحبس الطويل ثم انهما لم ينسبا ذلك الى الاخبار وانما نسباه الى كلام الاصحاب التي لم نجده ﴿ قوله ﴾ ﴿ وفي عدم اذن النسيئة ﴾ كما في التحرير وجامع المقاصد لان العامل مدع والمالك منكر ﴿ قوله ﴾ ﴿ وعدم الاذن في الشراء بشرة ﴾ كما في الكتابين المتقدمين لما ذكر وكذا لو ادعى عموم الاذن والمالك تخصيصه أو ادعى الاذن في شراء شيء معين وأنكر المالك ﴿ قوله ﴾ ﴿ وفي قدر نصيب العامل من الربح ﴾ عند علمائنا كما في التذكرة وهو المشهور كما في الكفاية وفي (الرياض) انه الاشهر وليس في محله اذ لاخلاف فيما نجد وقد صرح به في المبسوط في آخر كلامه والشرائع والتحرير والارشاد والروض ومجمع البرهان لان المالك منكر للزائد ولان الاختلاف في فعله وهو ابصر به ولان الاصل تبعية الربح للمال وفي (الكفاية) ان في الكل نظراً وليس في محله وفي (جامع المقاصد) هذا واضح ان كان الاختلاف قبل حصول الربح لان المالك متمكن من منع الربح بفسخ العقد اما بعد حصوله فان كلا منهما مدع ومدعى عليه فان المالك يدعي استحقاق العمل بالحصة الدنيا والعامل ينكر ذلك فيجيء القول بالتحالف ان كانت اجرة المثل أزيد مما يدعيه المالك ولا اعلم الآن لاصحابنا قولا بالتحالف وانما هو للشافعي مع الاختلاف في الربح مطلقا انتهى (قلت) اعراض اصحابنا عنه لظهور ضعفه لان النزاع انما هو في المال الذي اصله للمالك فتحكم فيه الاصول المتقدمة وأما العمل بعد انقضائه فلا معنى لدعوى المالك استحقاقه وكذا قبله لان العقد الجائز لا يستحق به العمل وقد حكي عنه في المسالك القول بالتحالف مطلقا وقد عرفت انه قيده بما اذا كانت أجرة المثل ازيد مما يدعيه المالك لانها ان كانت انقص أو مساوية فلا فائدة في حلف العامل فتأمل ولا تغفل عما في السرائر ﴿ قوله ﴾ ﴿ ولو قال العامل ماربحت شيئا ﴾ قد تقدم ان قول العامل مقدم ﴿ قوله ﴾ ﴿ أو قال ربحت ثم خسرت أو تلف الربح قبل بخلاف مالو قال غلطت ﴾ قد صرح بقبول قوله في دعواه الخسران أو التلف بعد اقراره بالربح وبعدم قبول قوله في دعوى الغلط بعد ذلك في المبسوط والشرائع والتذكرة والتحرير والارشاد وجامع المقاصد والروض

ولو اختلفا في قدر رأس المال فالقول قول العامل مطلقا على اشكال فلو ادعى المالك ان رأس المال ثلثا الحاصل فصدقه احد العاملين بالنصف وادعى الآخر الثلث قدم قول المنكر مع يمينه فيأخذ خمس مائة من ثلاثة آلاف ويأخذ المالك الفين رأس ماله بتصديق الآخر وللآخر ثلث المتخلف وهو خمسمائة وللمالك ثلثاه لان نصيب المالك النصف ونصيب العامل الربع فيقسم الباقي على النسبة وما اخذه الحالف زائدا على قدر نصيبه كالتالف منهما والتالف من المضاربة يحسب من الربح ولو ادعى المالك القراض والعامل القرض فالقول قول المالك

والمسالك ومجمع البرهان والكفاية وقد صرح في المهذب بعدم قبوله في دعوى الغلط أما قبول قوله في الاولين فلانه أمين كما تقدم وقد تقدم ان ذلك اذا كانت دعوى الخسران في موضع يحتمل ككساد السوق ولو لم يحتمل لم يقبل وأما الثالث فلان انكاره مكذب لاقرار كما تقدم بيانه ايضا وظاهر اطلاقهم انه لا فرق بين ان يظهر لدعواه أولا وجها كما لو قال كذبت بترك المال في يدي و به صرح جماعة منهم القاضي في المهذب وهو في مثل ذلك مسلم واما لو اخبر ظانا بانه يباع بازيد مما اشتراه لقول الناس العارفين أو كان الواقع كذلك ثم تغير السوق فان سماع قوله ليس بذلك البعيد ﴿قوله﴾ ﴿ أو نسيت ﴾ كما في التحرير وجامع المقاصد ﴿ قوله ﴾ ﴿ ولو اختلفا في رأس المال فالقول قول العامل مطلقا على اشكال ﴾ قد تقدم الكلام فيه مستوفى ﴿ قوله ﴾ ﴿ولو ادعى المالك ان رأس المال ثلثا الحاصل فصدقه أحد العاملين بالنصف وادعى الآخر الثلث قدم قول المنكر مع يمينه فيأخذ خمس مائة من ثلاثة الاف و يأخذ المالك الفين رأس ماله بتصديق الآخر وللآخر ثلث المتخلف وهو خمس مائة وللمالك ثلثاه لان نصيب المالك النصف ونصيب العامل الربع فيقسم الباقي على النسبة وما اخذه الحالف زائداً على قدر نصيبه كالتالف منهما والتالف من المضاربة يحسب من الربح ﴾ كما ذكر ذلك كله في المبسوط والتذكرة وجامع المقاصد (وقال في المبسوط) ان هذه تبنى على أصول ثلاثة (أحدها) انه اذا اختلف العامل ورب المال في قدر رأس المال فالقول قول العامل (الثاني) انه لا يستحق العامل حصة من الربح حتى يسلم لرب المال رأس ماله (الثالث) ان العاملين كالعامل الواحد ووجه الثالث بقوله لئلا يقول الذي صدق المالك غضب من حقك دون حقي (قلت) الاصل الاول لا يعمل به اذا كان المصدق ثقة فانه شاهد ولا مانع من قبول شهادته فيقوى جانب المالك فيحلف معه وتصوير الفرض ان المالك ضارب اثنين وشرط لهما نصف الربح بينهما بالسوية والنصف له فتصرفا واتجرا فنض المال ثلاثة الاف ثم اختلفوا فقال رب المال أن رأس المال الفان فصدقه أحد العاملين وكذبه الآخر وقال العامل بل دفعت الينا الفا واحدة لزم المقر ما أقر به ثم يحلف المنكر لما بينا من تقديم قول العامل في قدر رأس المال ويقضى للمنكر بموجب قوله والربح بزعم المنكر الفان وقد استحق بيمينه منهما خمس مائة فتسلم اليه ويأخذ المالك من الباقي الفين من رأس المال لاتفاق المالك والمقر عليه يبقى خمس مائة تقسم بين المالك والمصدق اثلاثا لان ما أخذه المنكر كالتالف منهما فيأخذ المالك ثلثي خمس مائة والمصدق ثلثها لان نصيب رب المال من الربح نصفه ونصيب المصدق الربع فيقسم بينهما ثلاثة اسهم وما اخذه الحالف كالتالف والتالف من المضاربة يحسب من الربح ﴿ قوله ﴾ ﴿ ولو ادعى المالك القراض والعامل القرض فالقول قول المالك فيثبت له

فيثبت له مع اليمين ما ادعاه من الحصة ويحتمل التحالف فللعامل اكثر الامرين من الاجرة والمشترط ولو اقاما بينة فعلى الاول تقدم بينة العامل (متن)

مع اليمين مدعاه من الحصة ﴾ كما هو خيرة التذكرة لان المال ملكه والاصل تبعية الربح له فمدعي خلافه يحتاج الى بينه وقد تقدم في باب العارية ان الاصل عدم خروج مال المالك عنه الا بقوله وان الاصل قبول قوله وان النص الصحيح الوارد فيمن استودع رجلا الف درهم فضاعت فقال الرجل كانت عندي وديعة وقال الآخر كانت عليك قرضا قال المال لازم الا ان يقيم البينة انها كانت وديعة دال عليه فليتأمل ويجب ان يفرض المسئلة فيما اذا عمل العامل في المال وحصل ربح اذ لو كان الاختلاف قبل حصول الربح لكان القول قول المالك بيمينه قطعا لان الاصل بقاء الملك له ولا معارض هنا كذا قال في جامع المقاصد ولعل القطع ليس في محله اذا كان قد تصرف في المال لان كلا منهما يدعي على الآخر عقداً ويقول ان هذه الاعراض مالي فليتأمل ﴿ قوله ﴾ ﴿ ويحتمل التحالف ﴾ جعله في التحرير اقرب وفي الايضاح اصح (وقال في جامع المقاصد) لاريب انه اصح لان كل واحد منهما مدع ومنكر فان العامل يدعي خروج المال عن ملك المالك بالقرض والمالك ينكره والمالك يدعي استحقاق عمل العامل في مقابلة الحصة بالقراض والعامل ينكره فاذا حلف كل منهما لنفي ما يدعيه الآخر وجب أكثر الامرين من اجرة المثل والحصة التي يدعيها (وفيه) انه تقدم ان العمل لايستحق لا بعد انقضائه كما هو واضح ولاقبل لان العقد الجائز لايستحق به العمل فتأمل ولعل الاوضح مافي الايضاح من ان كلا منهما يدعي عقداً ينكره الآخر والاصل عدمه ﴿ قوله ﴾ ﴿ فللعامل أكثر الامرين من الاجرة والمشترط ﴾ كما هو خيرة التحرير والايضاح وجامع المقاصد مع التقييد في الاول بما اذا لم تزد الاجرة عما يدعيه العامل وقد وجهه المصنف في التذكرة وولده في الايضاح بانه ان كان الاكثر نصيبه من الربح فرب المال يعترف له به وهو يدعي كله وان كانت اجرة مثله اكثر فالقول قوله بيمينه في عمله كما ان القول قول رب المال في ماله فاذا حلف ثبت انه ماعمل بهذا الشرط ولم يكن عمله مجانا باتفاقهما استحق اجرة المثل لانتفاء العرض في مقابلته وفي (جامع المقاصد) اذا كانت الحصة بقدر اجرة المثل او ادون فلا فائدة ليمين العامل اصلا لاستحقاقه ذلك بدونها لان اقصى غاية اليمين أن يقر او ينكل ولا يجب معهما سوى ذلك انتهى (وحاصله) انه يجب تقييد الحصة بما اذا كانت أزيد من اجرة المثل (قلت) لا فائدة للمالك في يمين العامل اذا كانت الحصة بقدر اجرة المثل أو أزيد واما اذا كانت انقص فالفائدة ظاهرة اذ لعله يقر فلا يأخذ الا الحصة ويجب تقييد الاجرة أيضا بما اذا لم تزد عما يدعيه العامل كما في التحرير كما عرفت وليلحظ فربما دق ﴿ قوله ﴾ ﴿ ولو أقاما بينة فعلى الاول تقدم بينة العامل ﴾ هذا هو الاقوى كما فى التذكرة (قلت) لان القول قول المالك بيمينه فتكون البينة بينة العامل لانه المدعي فينبغي الجزم به على هذا القول وأما على الثاني فانهما متعارضان فيقسم الربح بينهما نصفين حكاه في التذكرة عن احمد وفي التحرير عن بعض الجمهور ولعله اراده وحكى في جامع المقاصد عن الفاضل الشارح انهما يتساقطان و يتحالفان و يكون الحكم كماذكره المصنف وقال في رده ان المعروف في التعارض بين البينتين هو ما سيأتي في بابه وهو الترجيح للاعدل ثم للاكثر عددا ثم يقرع و يقضي للخارج بيمينه (قلت) هذا فيما اذا كان المتنازع فيه في يد ثالث واما

ولو ادعى العامل القراض والمالك الابضاع قدم قول العامل لان عمله له فيكون قوله مقدما فيه ويحتمل التحالف فللعامل اقل الامرين من الاجرة والمدعى ولو ادعى العامل القرض والمالك الابضاع تحالفا وللعامل الاجرة ولو تلف المال او خسر فادعى المالك القرض والعامل القراض أو الابضاع قدم قول المالك مع اليمين (متن)

اذا كان في يد احدهما كما في ما نحن فيه فانه في يد العامل فانه يقضى للخارج وجماعة على انه يقضى لاكثرهما بينة مع يمينه الصحيح ومع التساوي للخارج لتقدم بينته فكلامهما غير منقح ثم انا لم نجد ذلك فيما عندنا من نسخ الايضاح و يأتي الكلام فيما اذا انعكس الامر فادعى المالك القرض والعامل القراض كما اذا خسر المال او تلف ﴿ قوله ﴾ ﴿ ولو ادعى العامل القراض والمالك الابضاع قدم قول العامل لان عمله له فيكون قوله مقدما فيه ﴾ هذا جعله في التذكرة احتمالا وقرب التحالف كما يأتي ولا ترجيح في التحرير ولا ريب ان ذلك انما يتم اذا كان بعد الشروع في العمل فلو كان قبله كفى الانكار في اندفاع كل من الدعويين وهل يتم فيما اذا كان بعد الشروع في العمل وقبل ظهور الربح أم لا بد من فرض ذلك بعد ظهوره ظاهر الكتب الثلاثة الاطلاق حكما وتوقفا (ونحن نقول) لعله لا يتم في بعض الصور وذلك لانه اذا حلف العامل ورضي المالك ببقاء القراض فذاك وان فسخ فان قلنا ان المالك اذا فسخ المضاربة قبل ظهور الربح يجب عليه اجرة المثل للعامل وجبت له وتم فرض النزاع وهذا ايضا يقضي بتقديم قوله بيمينه لان المالك يدعي كون عمله في ماله مجانا والاصل عدمه وان قلنا بالعدم فلا شيء له أصلا ولا معنى لنزاع العامل حينئذ لان المالك ان يقول له هب أنه قراض لكني فسخت ولا شيء لك ولا تنفك عن الاصل والنص الصحيح اللذين تقدما آنفا ﴿ قوله ﴾ ﴿ ويحتمل التحالف وللعامل اقل الامرين من الاجرة والمشترط ﴾ الاقرب كما في التذكرة والاصح كما في الايضاح والوجه في ما عدا ما اذا كانت الاجرة بقدر الحصة او أزيد كما في جامع المقاصد أنه في هاتين لو أقر ورد اليمين على العامل فحلف لم يجب شيء زائد على الاجرة ووجهه ان كلا من العامل والمالك مدع ومدعى عليه لان المالك يدعي كون عمل العامل له مجانا والعامل يدعي استحقاق الحصة من الربح والاصل انهما للمالك فيتحالفان و يثبت للعامل أقل الامرين من اجرة المثل وما يدعيه لانه ان كان ما يدعيه اقل فواضح عدم استحقاق الزائد وان كانت الاجرة أقل فلان الزائد على الاجرة قد اندفع بيمين المالك ﴿ قوله ﴾ ﴿ ولو ادعى العامل القرض والمالك الابضاع تحالفا والاجرة للعامل ﴾ كما في التذكرة وجامع المقاصد وفي (التحرير) امكن الاحلاف ما لم تزد الاجرة ولم يجزم به (وفيه) أنه لا يتصور هنا غيره لانه لا يمكن الاكتفاء بيمين أحدهما لان المالك يدعي على العامل ان عمله الذي صدر منه بلا عوض فلا بد من يمينه له والعامل يدعي على المالك استحقاق جميع الربح فلا بد من يمين المالك له (الا ان نقول) أنه في التحرير يستند الى الاصل الذي دل عليه الخبر و يعضده باصول اخر ﴿ قوله ﴾ ﴿ ولو تلف المال أو خسر فادعى المالك القرض والعامل القراض أو الابضاع قدم قول المالك مع اليمين ﴾ كما في التذكرة والتحرير وجامع المقاصد لان الاصل في وضع اليد على مال الغير ترتب وجوب الرد عليه لعموم قوله صلى الله عليه وآله على اليد ما أخذت حتى تؤدي ولان العامل يدعي على المالك كون ماله في يده على وجه لو تلف لم يجب بدله والمالك ينكره وقد سمعت فيما مر الاصل الذي دل عليه الخبر وليس لك

ولو شرط العامل النفقة أو اوجبناها وادعى انه انفق من ماله وأراد الرجوع فله ذلك سواء كان المال في يده أو ورده الى المالك ولو شرطا لاحدهما جزأً معلوما واختلفا لمن هو فهو للعامل ولو أنكر القراض ثم ادعى التلف لم يقبل قوله (متن)

ان تقول ان المالك أيضاً يدعي على العامل شغل ذمته بماله والاصل عدمه لان هذا الاصل قد زال بتحقق اثبات يده على مال المالك المقتضي لكونه في العهدة والامر الزايد المقتضي لانتفاء العهدة وهو القراض والابضاع لم يتحقق والاصل عدمه فيحلف المالك لنفي دعواه ويطالبه بالعوض ﴿ قوله ﴾ ﴿ ولو شرط العامل النفقة له أو اوجبناها وادعى انه انفق من ماله وأراد الرجوع فله ذلك سواء كان المال في يده أو ورده الى المالك ﴾ كما في جامع المقاصد لان المقتضي للاستحقاق في الصورتين معلوم ولم يعلم الاستيفاء فيستصحب والمسقط غير معلوم وفصل في التحرير فقال اذا أوجبنا النفقة في السفر لو انفق من غير المال أما من ماله أو قرضا ليرجع به ففي الرجوع اشكال ولو شرط النفقة ثم ادعى الانفاق من مال لنفسه وطلب الرجوع كان القول قوله مع اليمين سواء كان المال في يده أو ورده الى المالك انتهى ولعله نظر في الاول الى انها كنفقة الاقارب لمكان الاعانة وسد الخلة فلا تستقر في الذمة (وفيه) انها في مقابلة سفره اذ العمل في مقابلة المال والنفقة في مقابلة السفر ولعل الاعتبار يقضي بان يتأمل في صورة الشرط كأن يقال انه لما ترك الاخذ فقد اعرض عن الشرط فكان متبرعا بالانفاق على نفسه لمكان تعارض الاصل والظاهر فليتأمل جيدا ﴿ قوله ﴾ ﴿ ولو شرطا لاحدهما جزأً معلوماً واختلفا لمن هو فهو للعامل ﴾ قال في جامع المقاصد كذا ذكره في التذكرة وعلله بان الشرط اذا اطلق انصرف الى نصيب العامل لان رب المال يستحق الربح بالمال ولا يحتاج في شركة العنان الى شرط الربح فاذا شرطا كان الظاهر انه شرط ذلك للعامل قال وفيه نظر لانه مع كونه مستحقا بالمال فاشتراطه بالعقد اكثري الوقوع ولو لم يكن كذلك فالمذكور من غير تعيين يحتمل صرفه الى كل منهما وتوقيف صحة العقد على الاشتراط للعامل لا يكفي في صرف الاطلاق اليه ودعوى الظهور التي ذكرها ان اراد كون الغالب في العادات الاقتصار على ذكر النصيب للعامل فليس بمعلوم وان اراد ان توقف صحة العقد عليه تقتضي كون الظاهر ارادته من الاطلاق فهو محل تأمل أيضا وقد سبق ان التنازع في شيء من أركان العقد لا يقدم فيه قول مدعي الصحة وان كان هذا القدر من الظهور المدعى حاصلا معه وقد سبقت هذه المسئلة في القراض والمساقاة والتوقف بحاله انتهى (ونحن نقول) قد تقدم له في مواضع ان الظاهر من حال المتعاقدين ارادة العقد الصحيح وان الاصل في العقود الصحة والاصل في فعل المسلم الصحة منها باب الضمان وتقدم له في باب البيع وباب الرهن وباب الاجارة التأمل في تقديم قول مدعي الصحة ولم نذكر انه تقدم له مثل ذلك في المساقاة ولم يتعرض لذلك في القراض وقد استوفينا الكلام في ذلك في باب الاجارة وبينا الحال وأزلنا عنه الاشكال ﴿ قوله ﴾ ﴿ ولو انكر القراض ثم ادعى التلف لم يقبل قوله ﴾ كما في التحرير وكذا التذكرة وجامع المقاصد وفي (الشرائع والارشاد والروض والمسالك ومجمع البرهان) ضمن وقضى عليه بالضمان وقال في (الكفاية) قالوا وساق كلام الشرائع وقد قيل انه اجود مما في الكتاب وغيره من انه لا يقبل قوله لاستلزام عدم القبول حبسه وتخليده فيه الى ان يدفع العين وقد تكون تالفة فيقبل منه البدل وفيه رجوع الى قوله الا ان يراد حبسه مدة يظهر فيها

وكذا الوديعة وشبهها أما لو كان الجواب لاتستحق عندي شيئاً وشبهه لم يضمن ﴿المقصد السادس﴾ في الوكالة وفصوله ثلاثة (الاول) في أركانها وهي اربعة (الاول) العقد وهو ما يدل على استنابة في التصرف (متن)

اليأس من وجود العين (وحاصله) انه يحبس طويلا لرجاء ان يقر اذا كانت العين باقية وهذا مجموع ما في جامع المقاصد والمسالك وفيه نظر ظاهر اذ مراد الجميع انه يضمن ولا يقبل قوله في انه تلف بلا تعد ولا تفريط ليدفع عنه الضمان لانه بانكاره أصل القراض متعد في المال مكذب لدعواه التلف لتضمن انكاره الاعتراف بكونه كذبا ولا حاجة منا الى الحبس لان القراض غير الوديعة وليعلم ان المفروض انه انكر فاقام المالك البينة أو انه اقر ثم أدعى التلف ﴿ قوله ﴾ ﴿ وكذا الوديعة وشبهها ﴾ يريد انه لافرق في هذا الحكم بين الوديعة وغيرها من الامانات لوجود المقتضي في الجميع وقد قال في وديعة الكتاب انه اذا انكر الوديعة لم يقبل قوله بغير بينة ولا معها على الاقوى ثم انه بعد ذلك استشكل مع قيام البينة وقد حكيناه هناك عن جماعة وحكيناه عن الشهيدين انه ان اظهر لانكاره تأويلا قبل وحكى في المبسوط عن قوم تفصيلا بقيام بينة بانها تلفت بعد انكاره فلا تسمع وقبله فتسمع وقال انه قريب وحكيناه عن التذكرة اختياره وقلنا ان فيه نظرا واضحا وقد استوفينا الكلام هناك اكمل استيفاء ونقلنا كلامهم في المقام ﴿ قوله ﴾ ﴿ أما لو كان الجواب انه لايستحق عندي شيئا وشبهه لم يضمن ﴾ كما في الشرائع والتذكرة والتحرير وجامع المقاصد والمسالك (وقال في الكفاية) قالوا وقد تقدم الكلام فيه أيضا في باب الوديعة وقد وجهوه في البابين بانه ليس في ذلك تكذيب للبينة ولا للدعوى الثانية والحمد لله كما هو أهله والصلوة والسلام على خير خلقه محمد وآله الطيبين الطاهرين المعصومين ورضي الله عن علمائنا أجمعين وقد وقع الفراغ من هذا المجلد في شهر ربيع الثاني سنة ألف ومائتين وخمس وعشرين على يد مصنفه العبد الاقل الاذل محمد الجواد الحسيني الحسني العاملي عامله الله سبحانه بلطفه ورحمته واحسانه وتفضله في الدنيا والاخرة بمحمد وآله صلى الله عليه وآله والحمد لله أولا وآخرا

بسم الله الرحمن الرحيم وبه نستعين

الحمد لله كما هو أهله رب العالمين والصلاة والسلام على خير خلقه أجمعين محمد وآله الطاهرين المعصومين ورضي الله تعالى عن علمائنا أجمعين (وبعد) فهذا مابرز من مفتاح الكرامة سهل الله تعالى أتمامه بفضل الله سبحانه على يد مؤلفه العبد الاقل الاذل محمد الجواد الحسيني الحسني الموسوي العاملي عامله الله تعالى باحسانه وفضله في الدنيا والآخرة ﴿ قوله ﴾ ﴿المقصد السادس في الوكالة وفصوله ثلثة الاول في أركانها وهي أربعة الاول العقد وهو ما يدل على الاستنابة في التصرف ﴾ الوكالة بفتح الواو وكسرها وهي في الاصل اسم للتوكيل والمراد بها هنا العقد وقد طفحت جملة من عباراتهم بانها العقد الدال على الاستنابة في التصرف فخرج بقيد التصرف الوديعة ولم تدخل الوصية لانها أحداث ولاية لاتبطل بما تبطل به الوكالة لان الوصي يتصرف بالولاية التي أحدثها له الميت لا بالاذن والوكيل يتصرف بالاذن ولهذا تبطل وكالته بالموت والاغماء والجنون اذ لااذن بعد الموت ولا وكالة ولا يجوز له ان يوكل والوصي بخلافه في ذلك كله وأما القراض والمزارعة والمساقاة فليست الاستنابة في التصرف فيها مقصودة بالذات كالوكالة والحاصل ان المقصود بالذات في الوديعة الاستنابة في الحفظ والمقصود

ولا بد فيه من ايجاب دال على القصد ﴿ متن ﴾

بالذات في الوكالة الاستنابة والاذن في التصرف فيما وكل فيه وعبارة الكتاب احسن من قوله في الشرائع الاول في العقد وهو استنابة في التصرف وأما قوله في اللمعة هي استنابة في التصرف وهو انما يكون من الموكل فلعله لان الاستنابة تستلزم قبولها فانها لو تجردت عنه لم يؤثر او لان التعريف لما كان لعقدها وكان المعتبر منه الايجاب تسامح في اطلاقها عليه وقد قال في النافع الوكالة عبارة عن الايجاب والقبول الدالين على الاستنابة في التصرف فقال في التنقيح في هذا التعريف نظر من وجوه (الاول) ان الوكالة تعتبر صفة قائمة بالوكيل والاستنابة صفة قائمة بالموكل فلا يجوز تعريفها لتباينهما وان كان المقصود بالتعريف العقد الشرعي وذلك هو التوكيل والتوكيل هو الاستنابة فينبغي تقدير الكلام التوكيل هو الايجاب والقبول الدالين على التوكيل (الثاني) ان كثيرا من الاقوال لا يطلق عليه التصرف مع جريان الوكالة فيها (الثالث) ان التصرف اعم من الصحيح والفاسد (قلت) قد عرفت ان المراد بها العقد كالبيع والصلح والحوالة والكفالة وليس معناها حيث تكون عقدا شرعيا التوكيل كما ان الوكالة صفة قائمة بالمتعاقدين وليست قائمة بالوكيل خاصة فكلامه في التنقيح خال عن التحصيل وقد اجمعت الامة في جميع الاعصار والامصار على جواز الوكالة في الجملة وفي (المبسوط والسرائر) انه لا خلاف في جوازها بين الأمة وقد طفحت عبارات كتب الاستدلال بالاستدلال على جوازها ومشروعيتها بالكتاب والسنة والاجماع واستدل جماعة على ذلك بالعقل قالوا ان شدة الحاجة الى التوكيل ظاهرة اذ كل احد لا يمكنه مباشرة جميع ما يحتاج اليه من الافعال حج﴿ قوله ﴾ (ولا بد فيه من ايجاب دال على القصد) لما كانت الوكالة من العقود الجائزة صحت بكل لفظ يدل على الاستنابة وان لم يكن على نهج الالفاظ المعتبرة في العقود اللازمة بلا خلاف في ذلك بل الاجماع محصل معلوم وهل يكفي في كل من الايجاب والقبول ما يدل عليهما ولو بالاشارة المفهمة في الاول والفعل الدال على الرضا في الثاني ففي (المفاتيح والرياض) انه لا خلاف في كفاية ذلك فيهما ونقل حكايته في الثاني عن التذكرة وفي (مجمع البرهان والكفاية) انه يكفي في الايجاب والقبول الكتابة والاشارة وظاهر المبسوط والشرائع والكتاب والتذكرة والتحرير واللمعة وجامع المقاصد وكذا المراسم انه لا بد في الايجاب من اللفظ لكن في الشرائع والكتاب والتذكرة وجامع المقاصد فيما يأتي قريبا انه لو قال له وكلتني فقال نعم أو أشار بما يدل على التصديق كفى في الايجاب ولم يقيدوا الاشارة بالعجز كما قيدها به في التحرير وهذا يدل على ما سنذكره في بيان كلام القوم وظاهر الكافي والوسيلة والنافع وايضاحه والتنقيح انه لا بد في الايجاب والقبول من اللفظ (قال في الكافي) يفتقر الى ايجاب وقبول ونحوه غيره مما ذكره بعده ومما صرح فيه بكفاية القبول الفعلي المبسوط والشرائع والتذكرة والتحرير واللمعة وجامع المقاصد والمسالك والروضة وكذا التنقيح في موضع آخر (قال في التذكرة) ان القبول يطلق على معنيين (أحدهما) الرضا والرغبة فيما فوض اليه ونقيضه الرد (الثاني) اللفظ الدال على النحو المعتبر في البيع وسائر المعاملات و يعتبر في الوكالة القبول بالمعنى الاول دون الثاني حتى لو رد ولا بد من استئناف اذن جديد مع علم الموكل فيكفي ايجاد التصرف المستناب فيه والاصل في ذلك ان الذين وكلهم النبي صلى الله عليه وآله وسلم لم ينقل عنهم سوى امتثال امره ولحصول الغرض المطلوب من الاستنابة لان المقصود

كقوله وكلتك أو استنبتك وفوضت اليك او بع او اشتر او اعتق ولو قال وكلتني فقال نعم أو أشار بما يدل على التصديق كفى في الايجاب (متن)

الاصلي من الاستنابة هو الاذن في التصرف فلا يتوقف على القبول لفظا كأكل الطعام الى انتقال وأما بالمعنى الثاني وهو القبول لفظا فالوجه عندنا انه لا يشترط لانه اباحة ورفع حجر فاشبه اباحة الطعام فانه لا يفتقر الى القبول اللفظي وليس غرضه الا بيان انه لا يحتاج القبول الى اللفظي وليس في كلامه هذا مخالفة لكلام غيره وغرضه من الرضا والرغبة أنه لا يرد الوكالة كما هو الشأن في كل وكالة فانه اذا رد ايجابها لم يجز له التصرف بعد ذلك اذا كان الرد بحضور الموجب للخبر الصريح في ذلك وستسمعه عند الكلام على ذلك وقد توهم في المسالك وهما بعيدا فقال ما ذكره المحقق من كون القبول الفعلي هو فعل ماتعلقت به الوكالة هو الظاهر من عبارة كثير من الاصحاب ومنهم العلامة في غير التذكرة وأمافيها فقال ان القبول يطلق على معنيين وساق كلامه الذي سمعته وقال أنه يدل على ان القبول الفعلي بمعنى فعل ما وكل به ولا يكفي مطلقا بل مع اقترانه بالرضا والرغبة ووقوعه قبل ان يرد انتهى وهو كما ترى لم يقل به أحد من الخاصة والعامة (وقال في التذكرة) اذا شرطنا القبول لم نكتف بالكتابة والرسالة كما لو كتب بالبيع وان لم نشترط القبول كفت الكتابة والرسالة وكان مأذونا في التصرف وهو الاقرب عندي ومعناه أنا اذا شرطنا القبول اللفظي لم نكتف في ايجاب الوكالة بالمعاطاة فيها كالكتابة والاشارة لان من يشترط ذلك كما هو احد وجهي الشافعية يلزمه ذلك لانه يكون عقدا محضا ووجهه ان الاصل عصمة مال المسلم ومنع غيره من التصرف فيه الا باذنه فلا بد ان يناط بالامر الظاهر الكاشف عن المقاصد الباطنة وهو القول والبيان في الايجاب والقبول المعبر عما في ضمير الانسان وغاية الافعال الظن وهو مثار الاختلاف ومنشأ التنازع ومعنى الشق الثاني وان لم نشترط في قبولها اللفظ كفت في ايجابها الكتابة والرسالة بل والاشارة لانها معاطاة صرفه واباحة محضه وهذا هو الذي حررناه في باب الوديعة من أن العقود الجائزة انما تكون عقودا و يصح نظمها في سلكها حيث يكون ايجابها وقبولها لفظيين وحيث لا يكونان كذلك حيث يكتب اليه اقرضني او اعرني أو أودعني أو وكلني فانها معاطاة العقود الجائزة وقولهم ان قبولها قول او فعل مسامحة في الثاني قطعا وانما هي معاطاة وقد استوفينا الكلام في ذلك هناك وأقمنا عليه الادلة والبراهين من كلماتهم في ابواب العقود وهو من متفردات هذا الكتاب ﴿قوله﴾

كقوله وكلتك او استنبتك او فوضت اليك او بع او اشتر او اعتق ولو قال وكلتني فقال نعم أو اشار بما يدل على التصديق كفى في الايجاب﴾ ومثله في ذلك ما في التذكرة وجامع المقاصد والمسالك وكذا الشرائع والتحرير غير انه لم يذكر فيهما بع واشتر واعتق وقد قيد الاشارة في الاخير بالعجز كما عرفت وكذا اللمعة في جميع ذلك غير انه لم يذكر فيها الاستفهام وذكر موضعه الاستيجاب والايجاب كقوله وكلني في كذا فيقول وكلتك ومثلها في جميع ذلك الروضة والتنقيح وقد قال في التذكرة لو قال بع أو اعتق ونحوهما حصل الاذن وهذا لا يكاد يسمى ايجابا بل هو امر واذن وانما الايجاب قوله وكلتك وفي عدم تسميته في الباب بالايجاب تأمل على ان ما حكي من توكيله صلى الله عليه وآله كان بالاوامر ثم قال وقوله اذنت لك في فعله ليس صريحا في الايجاب بل اذن في الافعال (وقال في جامع المقاصد) وانما لم يكن اذنت لك في الفعل ايجابا صريحا لانه شبيه بالوعد لاحتمال الاستقبال انتهى فتأمل في

ومن قبول اما لفظاً كقبلت أو رضيت وشبهه أو فعلا كما لو قال وكلتك في البيع فباع ولا يشترط مقارنة القبول بل يكفي وان تأخر نعم يشترط عدم الرد منه فلو رد انفسخ العقد ويفتقر في التصرف الى تجديد الايجاب مع علم الموكل (متن)

كلاميهما اذ هو فعل ماض دال على الرضا ولعله اصرح مما اذا قال له وكلتني فقال نعم اذ هذا يحتمل الاخبار فلا يكفي الا اذا علم قصد الانشاء وأنما قالوا انه يكفي حينئذ لان نعم كلمة جواب تحذف الجملة معها فهو في قوة نعم وكلتك وقوله وكلتني استفهام حذفت اداته والغرض به استدعاء الانشاء على نهج الاستفهام التقريري وكذا الاشارة لأنها عندهم بمنزلة النطق في الدلالة فيكفي فيه المسامحة توسعا في مثل هذا العقد ﴿ قوله ﴾ (ومن قبول اما لفظا كقبلت او رضيت أو شبهه او فعلا كما لو قال وكلتك في البيع فباع) قد تقدم الكلام فيه آنفا ﴿ قوله ﴾ (ولا يشترط مقارنة القبول بل يكفي وان تأخر) هذا ما في المبسوط والسرائر والشرائع والتذكرة والتحرير والارشاد واللمعة والتنقيح وجامع المقاصد والمسالك والروضة ومجمع البرهان والكفاية وهو قضية كلام الكافي وفي (التذكرة) يجوز القبول عندنا على الفور والتراخي وظاهره الاجماع وقد حكي عنه فيما في جامع المقاصد وفي (المسالك) انه استنده الى الاصحاب ساكتين عليه وقد عرفت انه قال عندنا وفي (مجمع البرهان) أنه لا شك فيه وقال في المبسوط ان يقبل في الحال وله ان يؤخر الى اي وقت شاء ولهذا جميع المسلمين على ان الغائب اذا وكل رجلا ثم بلغ الوكيل ذلك بعد مدة فقبل الوكالة انعقدت (وقال في الشرائع) يجوز التوكيل في الطلاق سواء كان الموكل حاضرا أو غائبا بغير خلاف بين المسلمين فما اطال به في المسالك في مناقشة الشرائع في تعليله ذلك بتوكيل الغائب من لزوم الفور وغيره في غير محله ثم أنه قال في المسالك الأان يقال الاجماع واقع في الغائب خاصة ولم يذكره أحد (وفيه) انك قد عرفت انه مذكور في المبسوط والسرائر ثم إن التعليل المذكور وقع لجماعة ونعم ما قال في الروضة كان جواز توكيل الغائب موضع وفاق فلنا جعله أي الشهيد شاهدا و يدل عليه الاصل بمعنى العموم والاخبار الواردة في الخصوص ففي الخبر عن الرجل يبعث الى الرجل يقول له ابتع لي ثوبا والخبر في رجل بعث اليه ابو الحسن الرضا عليه السلام بثلثمائة دينار وامره ان يطلقها ويمتعها بهذا المال وفي (المعتبر) كالصحيح عن رجل أمر رجلان يزوجه امرأة بالمدينة وسماها له والذي امره بالعراق فخرج المأمور فزوجها اياه الحديث فتأمل ولا فرق في القبول بين القول والفعل كما هو قضية اطلاقهم و به صرح في التحرير ولا فرق في المدة بين ان تكون طويلة كسنة او قصيرة وبه في صرح التذكرة وظاهرهم ان نفس الفعل قبول وقد تقدم لنا في باب الوديعة بناء على ظاهر كلامهم بأنها حينئذ عقد انه ينبغي حصول الرضا والتوكيل قبل الفعل (وفيه) ما لا يخفى واما نحن فانا في راحة من ذلك واستدل عليه في التذكرة بان قبول وكلاء النبي صلى الله عليه وآله وسلم كان بفعلهم وكان متراخيا عن توكيله اياهم وهو جيد ولا يقضي بعدم اشتراط ذلك في سائر العقود كما في مجمع البرهان لوجه واضح البرهان ﴿ قوله ﴾ (نعم يشترط عدم الرد فلو رد انفسخ العقد و يفتقر في التصرف الى تجديد الايجاب مع علم الموكل) كما في التذكرة وجامع المقاصد والمسالك وقد نبه عليه في المبسوط أما الاول فلان القبول عبارة عن الرضا ومع الرد لا رضا ولا رغبة وأما الثاني فلقول أبي عبد الله عليه السلام في خبر معوية بن وهب من وكل رجلا في امضاء أمر من

ويجب ان تكون منجزة (متن)

الامور فالوكالة ثابتة ابدا حتى يعلمه بالخروج منها كما اعلمه بالدخول فيها وهو صحيح في الفقيه قال في (جامع المقاصد) انه نص في الباب قلت قد أستدل بها الاصحاب على انه اذا عزل الموكل الوكيل لاينعزل الا ان يعلمه بالعزل فيكون ضمير يعلمه راجعا للموكل لا الوكيل ويؤيده ان الموكل هو المحدث عنه فلا تكون نصا في الباب ثم يدل عليه الاصل لمكان الشك في اباحة التصرف والاذن بعد الرد بل سكوته وعلمه يشعران برضاه فيتمسك باصالة حرمة التصرف ولا تعارضها اصالة بقاء الاذن وهو انما يكون مع علم الموكل بالرد ولا كذلك اذا لم يعلم وقطع ببقاء الاذن وقد جزم المصنف في المطلب الخامس وولده في الايضاح بان له التصرف مع جهل الموكل واستشكلا مع علمه (وقال في جامع المقاصد) هناك في صورة العلم انه ان وجدت قرينة تدل على الرضا وعدمه عول عليها والا فالاحوط عدم التصرف ولم يلتفت الى الخبر اصلا (وقال في مجمع البرهان) ان الظاهر من عدم اشتراط المقارنة والفظ عدم الاحتياج الى تجديد اذن آخر بمجرد رد الوكيل بقوله لا اقبل ولا افعل حاضرا كان الموكل أو غائبا لانه قد علم الرضا من الموكل الذي هو شرط تمم الوكالة لا تحصل لأنها تنفسخ بالمرة حتى تحتاج الى اذن جديد لان الاذن باق بحكم الاستصحاب ثم ان عدم القبول لا يستلزم رفع اباحة التصرف التي صدرت بايجاب المالك كما اذا قال لآخر كل فقال لا اكل ثم انه قد طفحت عبارة التذكرة بان الوكالة أمر فاذا كان غير موقت وليس للفور فاذا لم يمتثل ما أمر به لم يرتفع عنه الامر الى آخر ما قال وأطال في محاولة رفع الاشكال ووافقه على ذلك صاحبا الكفاية والرياض وهي لا تنهض على مقاومة الاصل والنص ولعلهم لو ظفروا بالنص ما التفتوا الى ذلك كله الان تضعف دلالته بما حكيناه عنهم في المطلب الخامس وهو الذي فهمه منه معظم الاصحاب فيكون الظاهر عدم الاحتياج الى التجديد ومثل ما نحن فيه ما اذا عزل الوكيل نفسه في غيبة الموكل وحضرته وسيتعرض المصنف لذلك في المطلب الخامس ويأتي بيان الحال فيما يأتي قريبا اذا افسد العقد لتعليقها على الشرط وان الفائدة في بطلان الوكالة مع بقاء الاذن تظهر في سقوط الجعل والنذر وفي جعلها شرطا في عقد لازم اذ المسائل الثلاث من سنخ واحد هذا وقد تسامح المصنف في اطلاق العقد على الايجاب ﴿قوله﴾ (و يجب ان تكون منجزة) عند علمائنا كما في التذكرة اجمع كما في جامع المقاصد وفي (شرح الارشاد لفخر الاسلام) ان تعليق الوكالة على الشرط لا يصح عند الامامية وكذا سائر العقود جائزة كانت او لازمة وعن (غاية المرام) انه لا خلاف فيه ومع ذلك قال في الكفاية انه المشهور وانه غير مرتبط بدليل واضح ولعله لمكان تأمل مولانا المقدس الاردبيلي و به اي وجوب التنجيز صرح في الخلاف والمبسوط والسرائر والشرائع والنافع والتحرير والارشاد واللمعة والتنقيح وجامع المقاصد والمسالك والروضة وهو قضية بقية الشروح والحواشي حيث سكتوا عما في متونها ولا يقدح في ذلك عدم التعرض له في المختصرات التي هي متون اخبار كالمقنعة والمراسم والكافي والنهاية والوسيلة وفقه الراوندي والجامع بل لا ذكر لباب الوكالة في المقنع والانتصار والدليل على ذلك بعد الاجماع نقلا وتحصيلا ان الاصل عدم جواز الوكالة خرجت المنجزة بالاجماع و بعض الاخبار و بقي الباقي واليه اشار في الخلاف والمبسوط بانه لا دليل على الجواز والصحة اذا لم تكن منجزة وانه مع التعليق يؤول الى التوكيل بعد زمان التوكيل ومن شرط صحتها قدرة الموكل عند التوكيل فليتأمل فالمدار على الاجماع اذ الاطلاقات والعمومات تقطع ما عدا

فلو جعلها مشروطة بشرط متوقع او وقت مترقب بطلت نعم لو نجز الوكالة وشرط تأخير التصرف الى وقت او حصول شرط جاز كأن يقول وكلتك الآن ولا تصرف الا بعد شهر واذا فسد العقد لتعلقها على الشرط احتمل تسويغ التصرف عند حصوله بحكم الاذن (متن)

الاجماع وذهب جمع من العامة الى جوازها معلقة لان النبي صلى الله عليه وآله وسلم قال في غزاة مؤتة أميركم جعفر فان قتل فزيد بن حارثة الحديث ولانه اذا قال انت وكيلي في بيع عبدي اذا قدم الحاج صح واليه مال المقدس الاردبيلي اوقال به لانه لادليل الا اجماع التذكرة مع انه جوز تصرفه بعد حصول الشرط وقال انه لانجد فرقا بين التعليق بمجيء شهر والتنجيز مع المنع عن فعل الموكل فيه الا بعد شهر وقال انه لانجد فيه فائدة واطال في الاستدلال على ذلك وكأن صاحب الكفاية متأمل أيضا في ذلك وقد عرفت أن الاجماع ليس من متفردات التذكرة و يأتي تمام الكلام في ما استند اليه وفي الدليل الثاني للعامة واما التأمير فليس توكيلا بل هو ولاية كالوصاية يقبل التعليق والجهالة ويكون شورى كما تقدم في باب المضاربة او نقول العقد فيه منجز والتصرف فيه معلق وهو جائز كما يأتي والعقد فيما نحن فيه معلق وفرق بين تعليق العقد وتنجيزه ﴿قوله﴾ (فلو جعلها مشروطة بشرط متوقع او وقت مترقب بطلت)عند علمائنا كما في التذكرة و به صرح في الكتب المتقدمة عدا اللمعة لكنه قضيه كلامها وقد سمعت ما في شرح الارشاد لفخر الاسلام وكذا لو علقها بصفة وهي ما كان وجوده محققا كطلوع الشمس كما صرح به جماعة ولا فرق في الشرط بين ان يكون بدون اداة الشرط كأن يقول بشرط كذا او باداته مقدمة او مؤخرة ﴿ قوله ﴾ (نعم لو نجز الوكالة وشرط تأخير التصرف الى وقت أو حصول شرط جاز) كما في المبسوط والسرائر والشرائع والنافع والتذكرة والتحرير والارشاد واللمعة والتنقيح وجامع المقاصد والمسالك والروضة ومجمع البرهان والكفاية وفي ظاهر جامع المقاصد الاجماع عليه او هو صريحه وفيه أيضا انه لا بحث فيه وفي (التذكرة ومجمع البرهان والكفاية وكذا المسالك) انه لاخلاف ولا نزاع فيه لان المعلق فيه التصرف لاالتوكيل ومنه المثال أعني قوله انت وكيلي في بيع عبدي اذا قدم الحاج ومثله قوله وكلتك الآن ولا تصرف الا بعد شهر وهذا وان كان في معنى التعليق الا ان العقود لما كانت متلقاة من الشارع نيطت بهذه الضوابط و بطلت فما خرج عنها وان افادت فائدتها و به أيضا يحصل الفرق بين قوله وكلتك وشرطت عليك كذا ووكلتك بشرط كذا حيث حكموا بصحة الاول و بطلان الثاني لمكان الضوابط الشرعية والمراد بالشرط في العبارة وغيرها التعليق اما مطلق الاشتراط فلا مانع منه كما لو قال وكلتك وشرطت عليك كذا كما تقدم مثله في مثله مراراً ﴿ قوله ﴾ (واذا فسد العقد لتعلقها على الشرط احتمل تسويغ التصرف بحكم الاذن) هذا هو الاقرب كما في التذكره وفي (المختلف والايضاح وجامع المقاصد) انه لو رد الوكالة بطلت وله أن يتصرف بالاذن وهو يوافق ما هنا كما ستعرف (قال في التذكرة) لان الاذن حاصل لم يزل بفساد العقد وصار كما لو شرط في الوكالة عوضا مجهولا فقال بع كذا على ان لك العشر من ثمنه فان الوكالة تفسد ولكن ان باع يصح وهو احد وجهي الشافعية والثاني لا يصح لفساد العقد ولا اعتبار بالاذن والضمير الضمني في عقد فاسد الا ترى انه لو باع بيعا فاسدا او سلم اليه المبيع لا يجوز للمشتري التصرف فيه وان تضمن البيع والتسليم الاذن في التصرف والتسليط عليه وليس بجيد لان الاذن في تصرف المشتري

باعتبار انتقال الثمن اليه والملك الى المشتري وشيء منهما ليس بحاصل هنا وانما اذن له في التصرف لنفسه ليسلم اليه الثمن وهنا انما اذن له في التصرف عن الاذن لا لنفسه فان قلنا بالصحة وهو الذي اخترناه نحن فتأثير بطلان الوكالة ان يسقط الجعل المسمى ان كان قد سمى له جعلا و يرجع الى أجرة المثل كما ان الشرط الفاسد في النكاح يفسد الصداق و يوجب مهر المثل وان لم يؤثر في النكاح انتهى (وحاصل كلامه) الاشارة الى جواب سؤال يرد على احتمال الصحة تقريره اذا كان جواز التصرف الذي هو فائدة عقد الوكالة وأثره ثابتا على كل من تقديري الصحة والفساد في فارق بين الصحيح والفاسد هنا (فاجاب) بان أثر الفساد لا يظهر في الاذن وانما يظهر في الجعل اذا كانت الوكالة بجعل فانه يبطل و يستحق الوكيل اجرة المثل وحققه المحقق الثاني بانه انما يمتنع التعليق فيما يكون معاوضة أو كالمعاوضة ومن ثم حكمنا بفساد الصداق بالشرط الفاسد دون العقد وحكمنا بفساد الحصة في المضاربة الفاسدة دون الاذن في التصرف وكذا الوكالة المشتملة على جعل فانه لكونه في مقابلة العمل يحصل به شبه المعاوضة فيجب أن يتوجه الفساد اليه حين التعليق بل مطلق الفساد باي سبب كان ويبقى معنى الوكالة الذي هو عبارة عن الاذن في التصرف ثابتا (واعترضه) بانه على هذا لا يتضح اطلاق الفساد على عقد الوكالة لان الجعل خارج عن مفهوم الوكالة ولهذا لا يعتبر في صحة العقد بخلاف اشتراط الحصة في عقد المضاربة فانه ركن من اركان عقدها فيسقط اعتبار ماذكره المصنف في الجواب لانتفاء السؤال أصلا ورأسا بل يكون حكمه بفساد الوكالة بالتعليق أولا واحتمال تجويز التصرف معه وكون فائدة الفساد سقوط الجعل كالمتدافعين ثم انه قال ان الذي ينبغي التوقف وقد اعترض المصنف أيضا المقدس الاردبيلي (اولا) بان الاذن انما علم على تقدير الشرط وقد حكم ببطلان الاذن والتوكيل لمكان الشرط فكيف يجوز التصرف (وثانيا) بانه انما تلزم الاجرة لو فعل ماوكل فيه على ما أمر وقد بطل أمره فلزوم أجرة المثل غير ظاهر (قلت) يردهما معا ماذا حصل الشرط وفعل ما وكل فيه على ما أمر الا ان تقول ان مراده من الايرادين ان الشارع الغى هذه العبارة بالكلية فكأنها لم تكن (وثالثا) بانه قد لا يكون العقد المعلق مشتمل على جعل فلا معنى الحكم بالبطلان اذ اجاز التصرف (ورابعا) بانه اذا حكمنا بفساد الوكالة كيف يجوز التصرف ويستحق الاجرة (ونحن نقول) لا ريب ان المراد بالبطلان بطلان عقد الوكالة كما انه لا ريب في حصول الاذن فيما اذا حصل الشرط والمدار في الوكالة على العلم بالرضا ولو بالاشارة ويكون من باب معاطاة الاجارة فان أوقع الصيغة لفظا على نحو ماذكرناه وحصل الشرط كان الاذن حاصلا كما عرفت وان أوقعها على نحو آخر كأن قال وكلتك في بيع داري ان رضي زيد ولا أجيز لك التصرف الا على تقدير صحة هذا العقد فانه حينئذ لا يصح له التصرف ولا يجري فيه المعاطاة اصلا (اذا عرفت هذا) فلا ريب ان عقد الوكالة مطلقا مشتمل على توكيل واذن خاص وقد يكون مشتملا على امور اخر غير مجرد الاذن في التصرف كأن يكون مشروطا في عقد لازم أو منذورا ايجاده بايجاب وقبول صحيحين صريحين أو يكون قد جعل لها جعلا لو اوقعا توكيلا صحيحا فاذا كان قد علقه مثلا برضا زيد ورضي زيد كانت الصيغة لفظية مشتملة على ايجاب وقبول وقد اشتمل على بعض هذه القيود من جعل وغيره فانه يبطل بالنسبة الى هذه القيود لان العقد اللفظي اذا علق بطل واذا بطل بطلت متعلقاته ولا يبطل الاذن المفهوم من العقد ضمنا بمعنى انه يجوز له التصرف لمكان العلم بالاذن فيه فيكون هذا التصرف من قبيل المعاطاة (وحاصله) انه يبطل جميع آثاره لا جميع

ما فهم منه حتى الاذن الضمني وان لم يشتمل هذا العقد على شيء من القيود كان باطلا من حيث انه وكالة لان الشرط في جميع القيود عدم التعليق و يجوز له التصرف من حيث انه عالم برضا الموكل فيكون من باب المعاطاة في الوكالة كما سيتضح ذلك في آخر البحث فتصح دعوى الاجماع على اشتراط التنجيز ويصح القول بان له التصرف وقد فهم المحقق الثاني والشهيد الثاني والاردبيلي وصاحب الرياض من التذكرة ما فهموا واعترضوا بما اعترضوا (ونحن نقول) على مذاقهم وجرياً على فهمهم في الجواب عما اعترضوا به ان هناك اذنين باطلا وصحيحا فالصحيح هو الضمني الذي لم يقصد بالذات والباطل يتوجه الى الجعل او الشرط او الوفاء بالنذر او غير ذلك من القيود وان لم يكن شيء من ذلك فلنا ان نقول ان اشتراط التنجيز في الوكالة انما هو في صورة ما اذا كان هناك جعل او نحوه فاذا لم تنجز بطلت الوكالة والجعل ولا يجوز له التصرف كما نبه عليه في الروضة واستوجهه صاحب الرياض واما اذا لم يكن جعل فلا يشترط فيها التنجيز فيصح ان يتصرف أو نقول هناك أذنان في المشتملة على جعل وغيرها وهما أمران متعددان كما عرفت واما اذا قلنا ليس هناك الا اذن واحد ولم نفهم الرضا به الا مع الشرط كما في المثال الاخير الذي مثلنا به فلا وجه حينئذ للقول بصحة التصرف أصلا وانه يفسد بالاشتراط والتعليق وذلك لا يخفى على أحد فكيف يخفى على المصنف الذي هو آية الله سبحانه وتعالى في الكائنين فلا بد ان يريد ان صحة التصرف في غير هذا المثال وان في غيره اذنين فحيث لا جعل ولا شرط ولا نذر وقد علق يتوجه الفساد الى الصريح ويبقى الضمني بمعنى يبطل التوكيل ويبقى الاذن ولا تحصل ثمرة وحيث يكون أحد هذه أو نحوها يتوجه الفساد اليها لان الاذن الصريح متوجه اليها وتظهر الثمرة أو يريد أن الاذن أعم من التوكيل كما قالوه في العبد فانه يكون مأذونا لا وكيلا (١) فقد ظهر ان التنجيز ليس شرطا لمطلق التصرف بل على بعض الوجوه وهو حيث لا يفهم منه الاذن ضمنا أو حيث يكون هناك جعل وان الفائدة التي ذكرها المصنف قد تصح وقد لا تصح وان غرضه الاشارة الى جنس الفائدة وانها ليست منحصرة فيما ذكر اذ الغالب خلوها عن الجعل وان الفائدة تظهر بدونه وهو بقاء الاذن الضمني وان هذا الفرق لا يبطل أصل الحكم بفساد الوكالة ولا يوجب التدافع بين الحكم بفسادها وصحة التصرف بعد الشرط وان ليس معنى كلامه ان الباطل هو الجعل فقط وان كان التشبيه بالنكاح والقراض يوهم ذلك بل الباطل هنا هو العقد ولكن نفهم ضمنا اذن غير الاذن الذي كان صريحا فيه ومقتضيا له ولهذا عبر عنه في التذكرة بالضمني وهذا كله على مذاق الجماعة حيث تكون الوكالة عقدا وذلك حيث يكون هناك ايجاب وقبول لفظيان واردنا الجري على مقتضاه والا فحيث يعلم الرضا ولا يحصل منهما نزاع في الجعل أو الشرط أو النذر كان ذلك من باب معاطاة الوكالة ومدارها على العلم بالرضا وحينئذ لا يفرق في ذلك بين التعليق وعدمه ووجود الجعل ونحوه وعدمه فان علق ولا جعل ولا نحوه ووقعت الصيغة بالايجاب والقبول اللفظيين كانت فاسدة من حيث أنها وكالة لان الشرط في العقود جميعها عدم التعليق و يجوز التصرف من حيث انها معاطاة لمكان العلم بالرضا بعده وان

---

(١) وقد قالوا انه لو بلغ الوكيل الوكالة فردها بطلت وله أن يتصرف مع جهل الموكل ووجهوه بان الوكالة شيء مركب من الاذن العام ومن الخصوصية والرد يقتضي رفع الوكالة فقط فالاذن الصادر من الموكل باق (منه قدس سره)

وفائدة الفساد سقوط الجعل المسمى والرجوع الى الاجرة (الثاني للموكل) ويشترط فيه ان يملك مباشرة ذلك التصرف بملك أو ولاية فلا يصح توكيل الصبي وان كان مميزا أو بلغ عشرا مطلقا على رأي (متن)

وقعت الصيغة لفظا بالايجاب والقبول وقد اشتملت على تعليق ونذر أو جعل أو شرط في عقد فان الوكالة تبطل من حيث أنها عقد ويبطل ما اشتمل عليه عقدها وله أن يتصرف أيضا بالاذن المطوية في الضمن الا اذا علم عدم الاذن الا على تقدير هذا التعليق شرعا فانه لا يصح التصرف في ذلك وجه من الوجوه كما فرضناه فيما تقدم وبذلك يحصل الجمع بين الاجماعين اعني الاجماع على اشتراط التنجيز والاجماع على جواز التصرف مع العلم بالرضا ثم أنهم جميعا اطبقوا مع العلم بالرضا على جواز التصرف في القراض الفاسد وان العامل يستحق أجرة المثل فما بالهم هنا تأملوا واعترضوا مع انهما من سنخ واحد وقد ارتفع الاشكال بحذافيره وقد تقدم لنا في باب القراض أيضا فيه ماله نفع تام في المقام وقد اسبغنا أيضا فيه الكلام وانت اذا لحظت جامع المقاصد والمسالك والروضة ومجمع البرهان والرياض ظهر لك ان المسئلة لم تحرر في كلامهم والاولى أن يقول المصنف لتعليقها على الشرط ولا يناسب جعله من باب التمثيل ﴿ قوله ﴾ ﴿ وفائدة الفساد سقوط الجعل المسمى والرجوع الى الاجرة ﴾ قد تقدم الكلام آنفا مسبغا محررا ﴿ قوله ﴾ ﴿ الثاني الموكل ويشترط فيه ان يملك مباشرة ذلك التصرف بملك اوولاية ﴾ والمالك المباشرة بالملك هو المالك والولاية هو الاب والجد والوصي على الاطفال ويمكن ذلك في الوصي باخراج الحقوق أيضا لانه تحصل له ولاية أيضا كولاية الوصي وبما في الكتاب صرح في التذكرة والارشاد وجامع المقاصد ومجمع البرهان وهو معنى ما في المبسوط وغيره من انه كل من يصح تصرفه في شيء تدخله النيابة (وقال في الايضاح) الموكل كل متمكن شرعا أو ممنوع بالجهل لا غير من مباشرة فعل يقبل الاستنابة بحق الملك أو الولاية العهدية أو ماذونه فيهما شرعا ولو بوسائط وأراد بالممنوع بالجهل ما اذا منعه من انشاء البيع مثلا جهله به لان العلم بالبيع شرط لصحته فان له ان يوكل فان الجهل به لا يخل بصحة التوكيل وأراد بالاخير الوصي ووكيل الوكيل وقد قال في التذكرة في وكيل الوكيل فاذا جعلناه وكيلا للوكيل لم يكن من شرط التوكيل كون الموكل مالكا للتصرف بحق الملكية والولاية وقال في موضع آخر ويخرج منه توكيل الوكيل لانه ليس بمالك ولا ولي وانما يتصرف بالاذن نعم لو مكنه الموكل من التوكيل أودلت عليه قرينة نفذ قلت بعد توكيل الوكيل فالوكيل باسم الموكل صار له ولاية ذلك للموكل وقال في العبد ليس له ان يوكل فيما اذن له لانه انما يتصرف بالاذن وكذا العامل في القراض انما يتصرف عن الاذن لا بحق الملك والولاية انتهى فتأمل فيه ويأتي تمام الكلام في هذه الثلاثة ﴿ قوله ﴾ ﴿ فلا يصح توكيل الصبي وان كان مميزا وبلغ عشرا مطلقا على رأي ﴾ هو صريح الايضاح وجامع المقاصد والمسالك وظاهر النافع والتنقيح وهو قضية كلام السرائر في باب الوصية وكلام غيرها كما ستسمعه في باب الوقف والمراد بقوله مطلقا أنه لا يملك شيئا في جميع التصرفات لان مناط التصرفات البلوغ (وقال الشيخ في النهاية) فان بلغ عشر سنين ولم يكن كل عقله غير انه لا يضع الشيء الا في موضعه كانت وصيته ماضية في المعروف من وجوه البر الى ان قال وكذا تجوز صدقة الغلام اذا بلغ عشر سنين وهبته وعتقه اذا كان بالمعروف في وجوه البر ونحوه ما في المهذب وكذا المقنعة في

ولا المجنون ولو عرض بعد التوكيل بطلت الوكالة ولا توكيل القن الا باذن المولى الا فيما لايتوقف على الاذن كالطلاق والخلع ولا الوكيل الا باذن موكله صريحا أو فحوى (متن)

الوصية والوقف والصدقة بالمعروف ونحوه المراسم في بعض نسخهما وفي (جامع المقاصد) ان هذا القول مشهور واقتصر في معقد الشهرة على جواز تصرفه في الوصية والعتق والصدقة والاخبار الواردة في جواز وصيته اثنا عشر خبرا وفي خبر واحد جواز وصيته وعتقه وصدقته وقد اتفقت كلها على العشر سنين الا ثلاثة أخبار فان فيها ان الغلام اذا حضره الموت من دون تحديد بعشر سنين وليس فيها المراهق ذكر واثبت في الوسيلة جواز ذلك للمراهق واثبت موضع الوقف العتق ولعله يعد ابن العشر مراهقا وجوز في الغنية وصية من بلغ عشرا ويأتي في باب الوقف تمام الكلام وقد وردت اخبار بجواز طلاقه وقد عمل بها علي بن بابويه والشيخ في النهاية والقاضي وابن حمزة وقد قالوا في الباب ان كل من يصح تصرفه في شيء تدخله النيابة صح التوكيل فيه فيلزم من ذلك جواز توكيل الصبي في ذلك كله وقد منع عليهم فخر الاسلام وأكثر المتأخرين الصغرى وهو قضية كلام وصايا السرائر وظاهر الشرائع والتذكرة التوقف حيث نسبا جواز توكيله الى الرواية وذكر في الشرائع الوصية والصدقة والطلاق وجعل موضوع الحكم في التذكرة المميز ومن بلغ خمسة اشبار (وقال في التحرير) لو بلغ عشراً اجازان يوكل فيما له فعله كالوصية في المعروف والصدقة والطلاق على رواية ممنوعة فان كانت الصفة قيدا في الاخير كان جازما بالجواز في الاولين و بالمنع في الثالث وتمام الكلام يأتي في بابه بلطف الله تعالى و بركة محمد وآله صلى الله عليه وآله ﴿ قوله ﴾ ﴿ ولا المجنون ولو عرض بعد التوكيل بطلت الوكالة ﴾ كما في الشرائع والتذكرة وجامع المقاصد وترك جماعة التعرض له والمضي عليه لظهور الحكم فيه والاستغناء عنه باشتراط صحة التصرف وأهليته وبما يأتي من الاجماع على بطلانها بعروضهما لانه اذا عرض له الجنون والاغماء قبل الوكالة وبعدها خرج عن أهلية المباشرة ولا ريب في صحة توكيله حال افاقته ﴿ قوله ﴾ ﴿ ولا توكيل القن الا باذن المولى الا فيما لايتوقف على الاذن كالطلاق والخلع ﴾ وطلب القصاص كما في المبسوط والتذكرة والتنقيح واليه اشار في جامع الشرائع بقوله ونحوهما وكذا الشرائع والتحرير وايضاح النافع باشارة دقيقة وينبغي أن يزيدوا التعزير والقذف والدعوى على سيده بحق من حقوق (وحاصله) انه ليس له أن يوكل الا باذن سيده فيما يشترط فيه اذن المولى ولا يكفي فيه الاذن في التجارة فيما لايتعلق بها فلا فرق فيه بين المأذون في التجارة وغيره وعليه نص في المبسوط والغنية والشرائع والتذكرة والمسالك وقد وسم في الكتاب والشرائع والتذكرة بالقن فان أراد به هنا الرقيق الذي لم تنقطع عنه سلطنة المولى اندرج فيه المدبر وأم الولد دون المكاتب وكل ذلك اذا لم يأذن له ولو اذن له صح مطلقا اتفاقا لزوال المانع ﴿ قوله ﴾ ﴿ ولا الوكيل الا باذن موكله صريحا أو فحوى ﴾ كما في اللمعة وجامع المقاصد والروضة والمسالك وهو معنى ما في الارشاد وشرحه لولده والتنقيح والكفاية من قولهم الا باذن موكله أو القرينة وزيد في الاخير الواضحة وقوله في المفاتيح عموما أو ضمنا واقتصر في المبسوط والغنية والسرائر والشرائع والنافع على قولهم الا باذن موكله وفي (التذكرة والتحرير) ولا الوكيل الا باذن موكله الا اذا كان الوكيل ممن يرتفع الى آخره (وقال في جامع المقاصد) المراد بالفحوى في العبارة ماعدا التصريح كما يدل عليه السياق ومثله بقوله اصنع ماشئت مع انه ليس

مثل اصنع ماشئت والاقرب ان ارتفاع الوكيل عن المباشرة واتساعه وكثرته بحيث يعجز عن المباشرة اذن في التوكيل معنى فحينئذ الاقرب انه يوكل فيما زاد على ما يتمكن منه لا الجميع (متن)

اذنا في التوكيل صريحا لانه انما يدل عليه بعمومه والمعروف عند الاصوليين ان فحوى الخطاب هو ما لا يدل عليه اللفظ بمنطوقه وانما هو مسكوت عنه لكن يستفاد من اللفظ لكون الحكم فيه أولى من المنطوق الا ان مثل هذا فى الوكالة عزيز الوجود وصوروه فيما اذا وكله في امرين احدهما يتسامح فيه والآخر يطلب الاهتمام بمعادة فلا يرادحادة لا مباشرة الوكيل له بنفسه فاذا أذن له في التوكيل فيه فانه يدل على انه له التوكيل في الآخر أيضا بالاولوية قلت ارتفاع الوكيل العظيم الشأن عن الكناسات أوعجزه عن العمل مع علم الموكل بذلك أواتساع العمل ما يقضي بانه أولى بالتوكيل من التصريح وقد فسر الشهيد ان في اللمعة والروضة الفحوى باتساع متعلقها وترفع الوكيل عما وكل فيه عادة وزاد في الاخير عجزه عن مباشرته وما حكاه في جامع المقاصد عن الاصوليين حق ولكن المعروف بين قدمائهم وكثير من متأخريهم ان فحوى الخطاب ما يستفاد من اللفظ بمفهوم موافقة او مخالفة او قياس مساواة كقوله تعالى ولا تأكلوا اموالهم الى اموالكم ثم في ادراج قوله اصنع ما شئت في الفحوى مسامحه لان اللفظ يدل على ذلك باطلاقه او عمومه ﴿ قوله ﴾ ﴿ مثل اصنع ما شئت ﴾ قد جزم بالاذن في التوكيل به في الشرائع والمسالك والروضة ومجمع البرهان والكفاية والخلاف على ما حكي عنه ولم نجده فيما عندنا من نسخه وفي (المبسوط) انه اولى وفى (التحرير) انه اقرب وظاهر جامع المقاصد الاجماع عليه حيث قال قطعا ومنع في التذكرة جواز التوكيل به محتجا بان هذا التعميم انما هو في تصرفه في نفسه ويرد عليه امران (الاول) انه خروج عن مقتضى العموم في جميع ما شاء (والثاني) انه لو لم يتناول ذلك لم يفد شيئا اذ بدون هذا العموم يقتضي توكيله تصرفه بنفسه ﴿ قوله ﴾ ﴿ والاقرب ان ارتفاع الوكيل عن المباشرة ﴾ اي اذن في التوكيل معنى كما في التذكرة والتحرير واللمعة والتنقيح والمسالك والروضة والمفاتيح وفي (التذكرة) الاجماع عليه وعلى ما اذا عجز عن عمله لكونه لا يحسنه وكانه قال به في الايضاح أو انه متوقف (وكيف كان) فلا معنى لقول المصنف هنا الاقرب مع دعواه الاجماع عليه في التذكرة وقوله دليله ومعنى كونه اذنا انه يستفاد من معنى اللفظ بملاحظة حال الوكيل لا من نفس اللفظ فهو في الحقيقة دلالة التزامية ووجه القرب ان توكيل العظيم الشأن الذي لا يليق به دخول السوق في بيع ما لا يباع غالبا الا في السوق لا يكاد يستفاد منه شاهد الحال الا توكيل غيره في ذلك كما هو واضح ﴿ قوله ﴾ ﴿ واتساعه وكثرته بحيث يعجز عن المباشرة اذن في التوكيل معنى عندنا ﴾ ولا نعلم فيه مخالفا كما في التذكرة وبه صرح في المبسوط والتحرير وشرح فخر الاسلام والايضاح واللمعة والتنقيح وجامع المقاصد والمسالك والروضة والمفاتيح والوجه فيه نحو الذي تقدم بل الحال فيه كما اذا حلف السلطان ان يبني هذا المسجد او يضرب زيداً فلا معنى لقوله هنا الاقرب (وقول ظ) وانه الاصح وليس لاحتمال العدم الا انه لا خلاف مدلول اللفظ الوضعي (وفيه) ان القرائن دلت على ان التوكيل ايضا مراد من اللفظ والمدار على العلم ولا يضر كونه غير وضعي كما حرر في محله والضمير في اتساعه وكثرته يعود الى الموكل فيه لمكان ظهوره ﴿ قوله ﴾ ﴿ فحينئذ الاقرب انه يوكل فيما زاد على ما يتمكن منه لا الجميع ﴾ جواز توكيله فيما زاد على ما يتمكن منه خيرة المبسوط والتحرير

ولا المحجور عليه الا فيما لا يمنع الحجر تصرفه فيه كالطلاق والخلع واستيفاء القصاص ولا يوكل المحرم في عقد النكاح محرما ولا محلا ولا في ابتياع الصيد والمكاتب ان يوكل والمأذون له في

والايضاح والمسالك وظاهر التذكرة الاجماع عليه حيث قال قطعا واستشكل في جواز توكيله في الجميع ثم قرب الجواز (قلت) وهو الظاهر من اللمعة والتنقيح والروضة والمفاتيح وهو قوي جدا لاقتضاء الاطلاق عرفا ذلك ﴿ قوله ﴾ ﴿ ولا المحجور عليه ﴾ اي لا يجوز توكيل المحجور عليه لفلس أو سفه و به صرح في المبسوط والتنبية والشرائع والتذكرة والتحرير والارشاد وجامع المقاصد والمسالك والروضة ومجمع البرهان والكفاية ومرادهم فيما منع من التصرف فيه و به صرح في جملة مما ذكر وستسمع كلامهم فيما لم يمنع منه ﴿ قوله ﴾ ﴿ الا فيما لا يمنع الحجر تصرفه فيه ﴾ كما فيما عدى التنبية مما تقدم وهي عشره ﴿ قوله ﴾ ﴿ كالطلاق والخلع واستيفاء القصاص ﴾ كما في الكتب المتقدمة عدا التنبية والارشاد والروضة غير انه في الشرائع مثل بالطلاق والخلع واشار الى استيفاء القصاص بقوله وما أشبهه فيشمل ايضا التعزير والقذف و يشمل في خصوص المفلس الشراء في الذمة واجارة نفسه اذ لا حق للغرماء في ذلك بل هو تحصيل مال لهم ﴿ قوله ﴾ ﴿ ولا يوكل المحرم في عقد النكاح ﴾ كما في الشرائع والمسالك وجامع المقاصد قال في الاخير لانه غير مالك مباشرة هذا التصرف الآن وهو شرط عندنا (قلت) فيمنع من ايقاع الوكالة وعقد النكاح في حال الاحرام و يشمل ما اذا اوقع الوكالة حالة الاحرام لتوقع العقد بعده فلا يجوزن طلاق الامرأة سينكحها (قال في التذكرة) ومن جوز التوكيل في طلاق امرأة سينكحها و بيع عبد سيملكه قياسه على تجويز توكيل المحجور عليه بما سيأذن له فيه المولى وكل هذا عندنا باطل انتهى (وفيه) انه يقضي بانه لا يجوز ان يوكله في حال حيض زوجته أو في طهر المواقعة في طلاقها حال طهرها مع ان الظاهر الجواز وقد جوز التوكيل في تزويج امرأة وطلاقها وشراء عبد وعتقه وفي استدانة دين وقضائه وجوزوا التوكيل في التطليق ثلاثا مع الرجعتين بينهما و يلزمه ان لا يجوز التوكيل في شراء الطعام واطعامه ولا شراء الضيعة واخراج زكوتها ثم ان المضاربة تستلزم البيوع المتعددة الواردة على المال مرة بعد اخرى وليس بموجود حال العقد والفرق بين ما وقع فيه التوكيل مستقلا كما في الوقف على من سيوجد تبعا لمن وجد فيه تأمل واشكال وستسمع ان شاء الله تعالى تمام الكلام في اول الركن الرابع ثم ان قضية كلامهم انه لا فرق بين كون العقد للموكل او لمن هو مولى عليه فيحرم على الولي حال احرامه التوكيل في عقد الصبي وكذا الوكيل الذي يسوغ له التوكيل ﴿ قوله ﴾ ﴿ محرما ولا محلا ﴾ كما في جامع المقاصد وهو قضية كلام الشرائع والمسالك وقد منع في بيع المبسوط والخلاف من ان يتوكل الكافر للمسلم في شراء عبد مسلم وقد رده المصنف في بيع التذكرة والتحرير ونهاية الاحكام بان الممنوع منه انما هو العكس وهو ما اذا وكل الكافر المسلم في شراء عبد مسلم وليس في محله ﴿ قوله ﴾ ﴿ وفي ابتياع الصيد ﴾ كما في الشرائع والتحرير وجامع المقاصد والمسالك لامتناع مباشرته ذلك التصرف الآن شرعا ولا فرق في توكيله في ذلك بين المحرم والمحل وفي حكم المعتكف في عقد البيع وتمام الكلام في بابه ﴿ قوله ﴾ ﴿ والمكاتب ان يوكل ﴾ كما في المبسوط وغيره لانقطاع سلطان المولى عنه كما تقدم التنبيه عليه ﴿ قوله ﴾ ﴿ والمأذون له في التجارة فيما جرت العادة بالتوكيل فيه ﴾ كما في الشرائع والتحرير وجامع المقاصد والمسالك ومعناه ان

التجارة فيما جرت العادة بالتوكيل فيه وللاب والجد ان يوكلا عن الصغير والمجنون وللحاضر ان يوكل في الطلاق على رأي (متن)

يوكل فيما جرت العادة بالتوكيل فيه وان لم يصرح السيد بالاذن في التوكيل لاستفادة ذلك من اللفظ بضميمة العادة المطردة (وقال في المبسوط) ليس للعبد المأذون ان يوكل الا باذن سيده لانه كالوكيل لسيده ولا يجوز للوكيل ان يوكل فيما جعل اليه الا باذن الموكل ونحوه ما في الغنية والتذكرة وظاهرهم المخالفة لما في الكتاب ولعلهم يريدون في غير ما جرت العادة بالتوكيل فيه فليتأمل ﴿قوله﴾ (وللاب والجد ان يوكلا عن الصغير) كما في الشرائع والتذكرة والتحرير والارشاد وجامع المقاصد والكفاية ومجمع البرهان وفي الاخير لعله لاخلاف فيه وزيد في التذكرة والارشاد ومجمع البرهان والكفاية الوصي ولعلهم ارادوا الوصي على الاولاد لانه له ولاية مثلهما وقد تقدم ان الوصي في الاخراج له ان يوكل لانه مثل الميت يتصرف بالولاية التي أحدثها له لا بالاذن اذ لا اذن بعد الموت ولا وكالة وبهذا يظهر الفرق بينه وبين الوكيل حيث انه لا يجوز له ان يوكل وتبطل وكالته بالموت والاغماء والجنون ولا كذلك الوصي ﴿قوله﴾ (والمجنون) كما في جامع المقاصد وقد ترك الجماعة التعرض له وقد تقدم ان المجنون الذي اتصل جنونه بصغره لهما الولاية عليه من غير خلاف واما من بلغ رشيداً ثم جن ففيه خلاف في كون الولاية لهما او للحاكم (والحاصل) ان من ثبت له الولاية على غيره ملك مباشرة التصرف عنه فله أن يوكل ﴿قوله﴾ (والحاضر ان يوكل في الطلاق على رأي) هو صريح المبسوط والسرائر وجامع الشرائع والشرائع والنافع وكشف الرموز والتذكرة والتحرير والارشاد والمختلف واللمعة والتنقيح والمهذب البارع والمقتصر وايضاح النافع وجامع المقاصد والمسالك والروضة ومجمع البرهان وكشف اللثام والمفاتيح والكفاية وقد صرح في جملة من هذه الكتب بذلك أيضا في باب الطلاق وظاهر اطلاق المقنعة والخلاف والوسيلة حيث قيل فيها يجوز التوكيل من النائب والحاضر فيشمل التوكيل في الطلاق وغيره وستسمع ما في طلاق الوسيلة وقد حكاه كاشف اللثام عن ظاهر ابي علي وقد نسب كاشف الرموز توكيل الحاضر في الطلاق الى المقنعة والخلاف والمبسوط والسرائر وعلي وتيرة واحدة وقد نسب في السرائر ذلك الى الخلاف وقد نفى الخلاف بين المسلمين في السرائر عن صحة التوكيل في الرجعة والطلاق للموكل حاضرا كان او غائبا (وقال في طلاق السرائر) يصح التوكيل في الطلاق حاضرا كان الموكل او غائبا بغير خلاف بين المسلمين (وقال في باب الوكالة) أيضا انه لا خلاف بينهم انه اذا خيف شقاق بينهما بعث الحاكم رجلا من اهل الزوج ورجلا من اهل الزوجة يدبر ان الامر في الاصلاح بينهما وليس لهما الفراق الا ان يكون قد وكل من بعثه فحينئذ يصح طلاقه مع حضور موكله بغير خلاف وقال في موضع آخر لا خلاف بيننا معشر الامامية ان حال الشقاق وبعث الحكمين ان الرجل اذا وكله للحكم الذي هو من اهله في الطلاق فطلق مضى طلاقه وان كان الموكل حاضرا في البلد بلا خلاف بين اصحابنا انتهى وفي (مجمع البرهان) انه لا تبعد دعوى الاجماع وفي (طلاق المسالك) انه المشهور وزاد في وكالته قوله بل ادعى ابن ادريس عليه الاجماع وفي (جامع المقاصد) نسبته الى اكثر المتأخرين وقد عرفت انهم مطبقون على ذلك وفي (الكفاية) انه اشهر وفي (التذكرة) الوكالة جائزة في كل ما يصح فيه دخول النيابة عند علمائنا كافة مع

والحاكم ان يوكل عن السفهاء من يباشر الحكومة عنهم (متن)

حضور الموكل وغيبته وصحته ومرضه وهو نافع باطلاقه اذ الاطلاق حجة والمخالف الشيخ في وكالة النهاية وطلاقها قال من وكل غيره في ان يطلق عنه امرأته وكان غائباً جاز طلاق الوكيل وان كان شاهداً لم يجز طلاق الوكيل ونحوه ما في فقه الراوندي وطلاق الوسيلة وحكاه في المختلف عن القاضي وقال في طلاق النهاية مثل ما في وكالتها غير انه زاد قوله وكان حاضراً في البلد وقال التقي في الكافي بشرط غيبة احد الزوجين وان كانا في مصر واحد لم يضر وفي (كشف اللثام) يكفي في الجمع اعتبار الغيبة عن مجلس الخلاف لكن الشيخ في النهاية نص على اعتباره غيبته عن البلد ولا يعرف وجهه انتهى ونحوه ما في المسالك قال تتحقق الغيبة بمفارقة مجلس الطلاق وقد سمعت انه نص في الكافي على ذلك ايضا ثم انه لم ينص في النهاية على ما حكاه عنها كاشف اللثام لكنه يلزمه ذلك وقد سمعت عبارتها كما سمعت ما في فيه الخلاف في السرائر حيث قال حاضراً في البلد وفي (الرياض) في رد ما في المسالك ان في كلامه نظراً لان كلام الشيخ ومستنده صريحان في عدم الحضور في البلد وعدم كفاية عدم حضور المجلس انتهى ولم نجد المستند الصريح في الامرين ولا في احدهما ولم ينص الشيخ على عدم كفاية حضور المجلس نعم يعرف من طريق الملازمة على تأمل في ذلك (وكيف كان) فحجة المعظم صحيح سعيد الاعرج عن الصادق عليه السلام في رجل يجعل امر امرأته الى رجل فقال اشهدوا اني قد جعلت امر فلانة الى فلان فيطلقها ايجوز ذلك الرجل قال نعم وترك الاستفصال يفيد العموم وغيره من الاخبار وانه فعل قابل للنيابة ومن ثم وقع من النائب اجماعاً محكياً في الشرائع في موضعين وكشف الرموز والكتاب في الطلاق والتحرير (وحجة الشيخ ومواقفيه) الجمع بين الاخبار العامة في التوكيل وخبر زرارة عن الصادق عليه السلام لا تجوز الوكالة في الطلاق حيث حمله على الحاضر وحمل خبر سعيد وغيره على النائب وخبر زرارة لضعفه وقصور دلالته لا يصلح للتخصيص وقد رماه جماعة بالندرة والشذوذ ويجوز ان يكون المراد انه لا تمضي الوكالة بمعنى انها لا تكفي ثم انه يكفي في الجمع ان تم الغيبة عن مجلس الطلاق ولا يحتاج الى ان تكون عن البلد ثم ان الخبر لا ينطبق على مذهب الشيخ بل على قول جعفر ابن سماعة القائل بعدم جواز التوكيل في الطلاق مطلقاً وهو واقفي ليس منا وحكاه عنه في الاستبصار (وقال في غاية المراد) تصح الوكالة في الطلاق عند الاكثر ونقل عن شذاذ انها لا تجوز منهم ابن سماعة

﴿ قوله ﴾ ﴿ والحاكم ان يوكل عن السفهاء من يباشر الحكومة عنهم ﴾ الاصل في ذلك قوله في النهاية الناظر في امور المسلمين ولحاكمهم ان يوكل على سفهائهم وايتامهم ونواقصي عقولهم من يطالب بحقوقهم ويحتج عنهم ولهم ومثله في الكافي من دون تفاوة معنى كما ستسمع ومرادهما اذا كان الحاكم ولياً لهم كما اذا كان ليس للايتام اجداد ولا أوصياء وهذا القيد مراد في ما عبر فيه بمثل ذلك كما ستسمع وقال في (التذكرة) للحاكم ان يوكل عن السفهاء والمجانين والصبيان من يتولى الحكومة عنهم ويستوفي حقوقهم ويبيع عنهم ويشتري لهم ولا نعلم فيه خلافاً ومثل ذلك قال في جامع المقاصد مع زيادة الوصي قائلاً بغير خلاف في ذلك ونحوه ما في المسالك من دون نفي خلاف في ذلك وقريب منه ما في الكفاية وقال في (مجمع البرهان) كان دليله الاجماع واقتصر في الشرائع والتحرير على ما في الكتاب واقتصر في النافع والارشاد على ان للحاكم ان يوكل عن السفهاء مع زيادة البله في النافع ثم ان في الشرائع

ويكره لذوي المروات مباشرة الخصومة (متن)

والمسالك والكفاية والمفاتيح انه ينبغي للحاكم وفي (النهاية والكتاب والنافع والارشاد والتحرير وجامع المقاصد) الحاكم ومعناه ان يجوز كما فهمه الشارحون والمحشون وفي (الكافي) يلزم كل ناظر في أمور المسلمين أن يوكل لاطفالهم وسفهائهم وذوي النقص من ينظر في أموالهم و يطالب بحقوقهم ويؤدي ما يجب عليهم انتهى وهذا هو الاشبه باصول المذهب ان لم تناسبه المباشرة ولعل من عبر بالجواز أو بالاستحباب أراد أن له أن يوكل وله أن يباشر فتأمل الكلمة (و بقي شيء) وهو أنه قال في النافع ولا حكم لوكالة المتبرع وقد قال ابو العباس هذه المسئلة من خواص هذا الكتاب وقال الشارح الفاضل الشيخ ابراهيم لم نسمع هذه المسئلة في غير هذا الكتاب وقال المقداد وأبو العباس ان الناس اختلفوا في تفسيرها على قولين وقد اقتفاهم شيخنا صاحب الرياض في ذكر قولين في تفسيرها واطالوا واطنبوا خصوصا أبا العباس (ونحن نقول) قد ذكرها الشيخان في المقنعة والنهاية قالا ولا يجب الحكم بها أي الوكالة على سبيل التبرع دون ان يلتزم ذلك بايثار الموكل واختياره والناظر في أمور المسلمين وحاكمهم ان يوكل على سفهائهم وايتامهم الى آخر ماسمعت آنفا فلما ذكر في النافع أنها استنابة في التصرف نفى ان يكون منها مااذا وكل أحد احداً بغير اذن من له التوكيل وقال لاحكم لوكالة المتبرع بمعنى ان وكالة الوكيل عنه ليست من افراد الوكالة التي تترتب عليها الاحكام التي هي محل البحث في شيء بل هي وكالة أخرى فضولية تبرع الوكيل بقبولها لعلمه بصدورها عن غير مالك فيصير المعنى لاحكم لوكالة من توكل تبرعا فلا يحتاج الى ان يجعل الوكالة بمعنى التوكيل لان الوكالة صفة قائمة بالوكيل لان المعنى على هذا لاحكم لتوكيل من وكل تبرعا سلمنا لكن ارادة التوكيل من الوكالة اكثر من ان تحصى ولاينبغي الاعتراض عليه بناء على مافهمناه بأنه حينئذ يقع فضوليا موقوفا فكيف يقول لاحكم لوكالة التبرع سلمنا لكن نقول ان المراد ان لاحكم لوكالة المتبرع لازم يجب العمل بمقتضاه بل للمالك الخيار و يرشد الى ماذكرناه (قوله ظ) بعد ذلك في النهاية من ان للناظر التوكيل الى آخره وبما ذكروه في معناها انه لايستحق جعلا ولا اجرة كما في التنقيح وانه لايستحق أجرة كما في المهذب وقد اختلف كلاما المهذب والتنقيح في توجيه ذلك وصاحب الرياض حاول في تفسيرها توجيه المهذب وليس بمحل لايكاد يفهم منه معنى محصل فليلحظ كلامهما من أراد الوقوف على ذلك والغرض التنبيه على ذلك لئلايتعب الطالب ﴿ قوله ﴾ (و يكره لذوي المروات مباشرة الخصومة) كما في الشرائع والنافع والتحرير والارشاد وجامع المقاصد والمسالك والروضة ومجمع البرهان (وقال في الكفاية) قالوا يكره لذوي المروات وفي الرياض انه لاخلاف في ذلك في ظاهر الاصحاب انتهى فتأمل واستندوا الى انها تتضمن الامتهان والوقوع فيما يكره ورووا في كتبهم الاستدلالية ان امير المؤمنين عليه السلام وكل عقيلا في خصومه في مجلس ابي بكر وعمر وروى عنه انه قال ان للخصومة قحما وان الشيطان يحضرها وظاهر المبسوط انهما من طرقنا وفي (التذكرة وجامع المقاصد) أنهما من روايات العامة (وكيف كان) فقد تكررت في كتب الاصحاب مستندين اليها وظاهر ماعدا هذه الكتب الثلاثة أنها رواية واحدة وظاهر التعليل يقتضي عموم الحكم لغير ذوي المروايات ولعله لذلك قال في التذكرة يكره للانسان ان يباشر الخصومة قلت لكنهم لما لم يبالوا لم يتعرض الفقهاء لحكمهم وربما قيل ان قصور السند واختصاص المورد بسيد ولد آدم بعد اخيه

ويستحب لهم التوكيل والمرأة ان توكل في النكاح والفاسق ان يوكل في تزويج ابنته وولده ايجابا وقبولا وليس سكوت السيد عن النهي عن تجارة عبده اذنا له فيها والاقرب بطلان الاذن بالاباق وكل موضع للوكيل ان يوكل فيه فليس له ان يوكل الا أمينا (متن)

صلوات الله عليها ومخالفة الكراهية للاصل تقتضي الاختصاص بذوي المروات (قلت) لعل الوجه في ذلك انه يلزم من ذلك تضييع الحقوق وانهم لا يبالون بفعل المكروهات ولا يعاقلوا ولا ما قيل فيهم (وعساك تقول) قد خاصم النبي صلى الله عليه وآله وسلم صاحب الناقة الى رجل من قريش ثم الى أمير المؤمنين عليه السلام وخاصم أمير المؤمنين عليه السلام من رأى معه درع طلحة وحاكم زين العابدين عليه السلام زوجته الشيبانية (لانا نقول) قد تقتضي الحال لوجوه فعل المكروهات وترك المندوبات فقد كان الامام موسى بن جعفر عليهما السلام يترك النوافل اذا اهتم او اغتم ﴿قوله﴾ (ويستحب لهم التوكيل) كما في المقنعة والنهاية والكافي وجامع الشرائع والتذكرة والتحرير واللمعة وجامع المقاصد والروضة والمفاتيح ﴿قوله﴾ (والمرأة ان توكل في عقد النكاح) كما في المبسوط والشرائع والتذكرة والارشاد وجامع المقاصد والمسالك ومجمع البرهان وكذا التحرير وظاهر الثلاثة الاول الاجماع حيث قال في الاول عندنا وفي الثاني لانه صرح بالحكم في باب النكاح وقال هنا لان عبارتها فيه معتبرة عندنا وفي الثالث الاجماع عليه حيث قال ان لها عندنا ان توكل في النكاح لان لها ان تباشر النكاح فلها ان توكل فيه خلافا للشافعي ﴿قوله﴾ (والفاسق ان يوكل في تزويج ابنته وولده ايجابا وقبولا) كما في الشرائع والتذكرة والتحرير وجامع المقاصد والمسالك وظاهر التذكرة الاجماع عليه (وحاصله) انه لا يشترط عدالة الاب والجد له لان ولايته على ولده في التزويج ثابتة فله التوكيل فيه فتشمله عموم أدلة الوكالة مع عدم العدالة خلافا للشافعية فانه لهم فيها وجهان ولا فرق في ذلك بين كونه انثى فيوكل عنها ايجابا او ذكرا فيوكل عنه قبولا ومنع بعض العامة الاول وأجاز الثاني ﴿قوله﴾ (وليس سكوت السيد عن النهي عن تجارة عبده اذنا له فيها) لان السكوت أعم من الرضا وقد ذكر هذه المسئلة استطرادا لمشابهتها الباب ﴿قوله﴾ (والاقرب بطلان الاذن بالاباق) هذا هو الاصح كما في الايضاح عملا بشاهد الحال فان حال السيد في غضبه على الآبق يشهد بانه يريد التضييق عليه مهما أمكنه ولان فيه مقابلة له بضد مقصوده لان هربه للخلاص من سلطنة مولاه فيقابل بمنعه من كل تصرف كما قوبل القاتل بحرمانه الارث ووجه غير الاقرب ان الاذن قد ثبت فيستصحب ولذلك قال في جامع المقاصد ان التوقف هنا مجال ﴿قوله﴾ (وكل موضع للوكيل ان يوكل فيه فليس له ان يوكل الا أمينا) كما في التذكرة والتحرير وجامع المقاصد ونحوه ما في الارشاد ومجمع البرهان وفي (جامع المقاصد) ان المراد بالامين العدل لان الواجب على الوكيل مراعاة المصلحة ولا غبطة في توكيل الفاسق كما ان الاذن في البيع يقتضي الاذن بثمن المثل ولا يجوز بدونه وكما ان الاذن في البيع يقضي بانه لا يجوز له تسليم المبيع قبل تسلم الثمن وفي (مجمع البرهان) انه لا يبعد ان يكون المراد بالامين من اؤتمن فيما وكل فيه بعدم الخيانة والحفظ بل يمكن تجويز من هو مثل الوكيل وان كان فاسقا لرضاه به وتفويضه اليه بل الاعم لعموم التجويز خصوصا من لا يعرف ان شرط وكيل الوكيل أن يكون امينا الا من لا يكون في توكيله مصلحة او خرج بالاجماع عدم جواز توكيله خصوصا اذا لم يسلم اليه شيئا او

الا ان يعين الموكل غيره ولو تجددت الخيانة وجب العزل وكذا الوصي والحاكم اذا ولي القضاء في ناحية واذا اذن الموكل في التوكيل فوكل الوكيل آخر كان الثاني وكيلا للموكل لا ينعزل بموت الاول ولا بعزله ولا يملك الاول عزله وان اذن له ان يوكل لنفسه جاز وكان الثاني وكيلا للوكيل ينعزل بموته وعزله وموت الموكل وللاول عزله (متن)

يكون معه انتهى (قلت) و يرشد الى عدم اشتراط العدل تعبيرهم بالامين دون العدل ثم ان من منافيات العدالة ترك المروءة التي لا دخل لها في الامانة والخيانة ككشف الرأس في المجالس فتأمل ثم انه قد يوجد في أهل الكتاب من تأمنه بقنطار يؤده اليك بل يوجد ذلك في كفار الهند على ما قيل وان ذلك لشاهد في كثير من المسلمين مع عدم العدالة فلعل الاشبه بالعمومات التي تدل على جواز التوكيل من دون استئصال أن يقال انه انما يشترط أن يوثق بأنه لا يخون فيما وكل فيه وهو الامين في كلامهم والغبطة فيه حاصلة والفارق بينه وبين ما نظروه ومثلوا به من البيع العرف والعادة والاجماع وشيء منها ليس معلوما فيما نحن فيه بل ربما علم خلافه اذ السوق قائم بالوكالة والتوكيل عن الوكيل ووجود العدل في جميع وكالات السوق نادرا وأما قوله في التذكرة فليس له ان يوكل ألا امينا لانه لا نظر للموكل في توكيل من ليس بامين فيقيد جواز التوكيل فيما فيه الحظ والنظر (ففيه) ان الحصر يحتاج الى الدليل ان أراد بالامين العدل وما استدل به عليه اول الدعوى كما عرفت اذ قد يكون ممن يقطع بعدم خيانته في ما وكل فيه الى آخر ما عرفت ويأتي بلطف الله سبحانه وحسن توفيقه تمام الكلام ان شاء الله تعالى ﴿ قوله ﴾ (الا ان يعين الموكل غيره) كما في التذكرة وجامع المقاصد وهو معنى كلام التحرير والمراد انه ليس له ان يوكل الا الامين الا اذا عين الموكل شخصا غير أمين فيتعين ولا يجوز تجاوزه (قال في التذكرة) الا ان يعين له الموكل فيجوز سواء كان امينا او لم يكن اقتصارا على ما نص عليه المالك ولعله يريد ان لم يعلم ان الموكل انما عينه لاعتقاد امانته فيه فتأمل ﴿ قوله ﴾ (ولو تجددت الخيانة وجب العزل) كما في التحرير وجامع المقاصد وهو معنى قوله في التذكرة فعليه عزله لان تركه يتصرف في المال مع خيانته تضييع وتفريط ولعل المراد منه من التصرف وأخذ المال من يده والا فهو معزول مع الخيانة مع شرط عدمها وللشافعية وجه هو أنه لا يجوز عزله لانه لم يتحقق كونه وكيلا في العزل ﴿ قوله ﴾ (وكذا الوصي) اي اذا اراد ان يوكل لا يوكل الا أمينا فان تجددت خيانته عزله وبه صرح في جامع المقاصد ﴿ قوله ﴾ (والحاكم اذا ولي القضاء في ناحية) لعل المراد ان الامام عليه السلام أو منصوبه اذا فوض اليه تولية القضاء اذا أرادا أن يوليا القضاء لاحد فلا يوليا الا امينا فان تجددت خيانته عزلاه ولا يتصور ان يراد بالحاكم الحاكم في زمان الغيبة لان ذلك ان كان مجتهدا فهو منصوب الامام والا فلا يتصور كونه قاضيا الا أن تقول ان السياق يقضي بكون المراد انه لا يوكل الا أمينا ﴿ قوله ﴾ (واذا أذن الموكل في التوكيل فوكل الوكيل الآخر كان الثاني وكيلا للموكل لا ينعزل بموت الاول ولا بعزله ولا يملك الاول عزله واذا أذن له ان يوكل لنفسه جاز وكان الثاني وكيلا للوكيل ينعزل بموته وعزله وموت الموكل وللاول عزله) اذا أذن له ان يوكل فاما أن يأذن له في التوكيل عن الموكل أو عن نفسه أو يطلق كأن يقول له وكلتك بكذا وأذنت لك في توكيل من شئت أو في أن توكل وكيلا أو في ان توكل فلانا ولم يقل عني ولا عن نفسك وقد تقدم انه قد

(الثالث) الوكيل ويشترط فيه البلوغ والعقل (متن)

يكون التوكيل مستفادا من القرائن الحالية كاتساع متعلق الوكالة او المقالية كأن يقول له أنت وكيل مفوض فان كان الاول وهو ما اذا أذن له في التوكيل عن الموكل فني (الكتاب) ان الثاني يكون وكيلا للموكل لا ينعزل بموت الاول ولا بعزله ولا يملك الاول عزله وبذلك صرح في التحرير ونحوه ما في المبسوط والشرائع والتذكرة وجامع المقاصد والمسالك والروضة والكفاية وكذا مجمع البرهان والمفاتيح (قال في المبسوط) فان وكل عن الموكل كانا وكيلين له وكان له ان يعزلهما و يعزل احدهما متى شاء وليس لاحدهما ان يعزل صاحبه وان مات الموكل بطلت وكالتهما وان مات احدهما لم تبطل وكالة الآخر وعلى هذا النحو بقية العبارات مع اختلاف يسير وحاصل الجميع أنه يصير وكيلا للموكل لا ينعزل الا بعزله أو بما ابطل توكيله من جنون او اغماء أو غيرهما او خروجه هو ايضا عن اهلية الوكالة وقد تركوا هذا لظهوره وان كان الثاني ليس تكرارا كان الثاني وكيل الوكيل ينعزل بعزل الاول اياه وبموته وانعزاله وموت الموكل كما في الكتاب والمبسوط والشرائع والتذكرة والتحرير وجامع المقاصد والمسالك ومجمع البرهان والكفاية وكذا المفاتيح لانه نائبه ووكيله ولا خلاف في ذلك الا من الشافعي في أحد قوليه وهو انه لا ينعزل بعزله لان التوكيل فيما يتعلق بحق الموكل حق الموكل وانما جعله وكيلا بالاذن فلا يرتفع الا بالاذن وفي (جامع المقاصد) أنه ضعيف وفي (مجمع البرهان) انه لا يخلو من وجه (قلت) لما ذكروه في توجيهه فانه لا يكاد ينكر كونه حقا للموكل بالتبعية لاصل التوكيل و يجري هذا الخلاف في انعزاله بموت الاول وجنونه ووجه ضعفه أنه لما كان فرعا على الوكيل يجب أن يكون رفعه منوطاً به وان كان الثالث فظاهر عبارتي الكتاب والتحرير انه وكيل عن الموكل وهو الظاهر من التذكرة ظهورا لا يخفى فلا تصغ الى قوله في المسالك انه توقف فيها وفي (جامع المقاصد) انه أقرب وفي (مجمع البرهان) انه اصح وظاهر الشرائع انه يتخير بين ان يجعله وكيلا عنه أو عن الموكل قال اذا أذن لوكيله ان يوكل فان وكل عن موكله كانا وكيلين الى ان قال وان وكله عن نفسه كان له عزله ويمكن ان يجعل قوله فان وكل عن موكله مرادا به حيث يكون الموكل اذن له في ذلك وكذلك الحال في الشق الآخر هذا على تقدير انحصار الامر في الوجهين والا فلا باعث على ذلك وفي (الروضة والمفاتيح) ان اطلق ففي كونه وكيلا عنه او عن الموكل أو تخيير الوكيل في توكيل ايهما شاء أوجه ونحوه ما في المسالك والكفاية (وكيف كان) فوجه ما في الكتاب ان ذلك هو المتبادر لان الحق بالاصالة للموكل فالنيابة عنه وان التوكيل تصرف باذن الموكل فيقع عنه اي الموكل ووجه وقوعه عن الوكيل ان الغرض تسهيل ذلك عليه ووجه التخيير صلاحية الاطلاق لهما لصدق الوكيل المأذون فيه على التقديرين وفي (المسالك) أنه قريب وأما لو كان مستند الاذن في التوكيل القرائن الحالية فقد قطع في التحرير بان الثاني يكون وكيلا للوكيل واستوجهه في الروضة والمسالك (وقال في التذكرة) ينبغي ان يوكل عن موكله ولو وكل عن نفسه فللشافعية وجهان وفي (مجمع البرهان) الظاهر ان الثاني يكون وكيلا للموكل وكذا في كل صورة يجوز له ان يوكل وقلت هو كذلك بالنسبة الى القواعد (وقال في المسالك) وأما لو كان المستند القرائن المقالية فهو كما لو اطلق ﴿ قوله ﴾ ﴿ الثالث التوكيل و يشترط فيه البلوغ والعقل ﴾ كما طفحت بذلك ونحوه عباراتهم ككمال العقل والتكليف وهو قطعي لا ريب فيه الا من المقدس الاردبيلي وفي (التنقيح)

فلا تصح وكالة الصبي ولا المجنون والاقرب جواز توكيل عبده (متن)

هذ الشرط مما لا خلاف فيه وقدأشار بذلك الى خلاف التقي والقاضي كما ستسمع عند قوله ويستحب وفي (مجمع البرهان) انه لا يبعد ما نما من كون الصبي وكيلا اذا كان مميزا ذا معرفة تامة (ثم قال) ولعله اجماع عند الاصحاب والا فدليله غير ظاهر فتأمل انتهى ولما اشترط المحقق في كتابه في الموكل البلوغ والعقل وان يكون جائز التصرف وترك الثالث في الوكيل كان قائلا بجواز كون المحجور عليه لتبذير تمحض في النقل وكيلا كالمفلس والسفيه مطلقا والعبد بشرط اذن سيده وكذا المصنف في الكتاب والتحرير والارشاد اشترط في الموكل أن يملك مباشرة ذلك التصرف بنفسه وترك اعتبار ذلك في الوكيل لما عرفت لكنه قال في التذكرة كما يشترط في الموكل التمكن من مباشرة التصرف في الموكل فيه بنفسه يشترط في الوكيل التمكن من مباشرته لنفسه مع أنه جوز في الثلاثة أن يكونوا وكلاء كما ستسمع ولعله أشار الى ما سلف في المحرم ويأتي ﴿ قوله ﴾ فلا تصح وكالة الصبي ولا المجنون ﴾ ولا المغمى عليه ولا فرق في عدم صحة وكالة الصبي بين ان يكون مميزا أم لا بلغ خمس سنين أو خمسة اشبار أم لا في المعروف أم لا كما هو صريح جماعة وظاهر اطلاق آخرين (وقال في التذكرة) وعلى الرواية المسوغة تصرفات الصبي اذا بلغ عشر سنين في المعروف والوصية يحتمل جواز وكالته فيما يملكه من ذلك لكن المعتمد الاول واراد به أنها لا تصح في شيء وقال أيضا وقد استثني في الصبي الاذن في الدخول الى دار الغير والملك وفي ايصال الهدية (وقال في مجمع البرهان) اذا جاز التصرف في مال الغير وأكله بمجرد قوله فبالاولى ان يكون وكيلا في ايصال الحقوق الى اهلها وفي ايقاع العقد بحضور الموكل ونحو ذلك الا ان يقال هناك قرينة دالة على الاذن من غير قوله فليس الاعتداد بمجرد قوله فكأنه من باب الخبر المحفوف بالقرائن ولكن تجويزهم عام غير مقيد بما قلناه فتأمل انتهى وقد تقدم في فصل الموكل ويأتي في باب الوقف ماله نفع تام في المقام ﴿قوله﴾ ﴿ والاقرب جواز توكيل عبده ﴾ كما في الايضاح وهو الاصح كما في جامع الشرائع وظاهر الكتاب فيما يأتي والشرائع والتحرير والارشاد والمسالك ومجمع البرهان أنه لا ريب فيه حيث يأخذونه مسلما وكذا التذكرة والكتاب فيما يأتي (قال في الشرائع) على ما في بعض النسخ ولو وكل زوجته او عبده ثم طلق الزوجة او اعتق العبد لم تبطل الوكالة أما لو أذن لعبده في التصرف ثم اعتقه بطل الاذن لانه ليس على حد الوكالة بل اذن تابع للملك انتهى ويأتي بيانه ونحوه ما في الارشاد وفي عبارته نوع خفاء وظاهر المبسوط أنه لا يصح توكيله حيث قوى في آخر كلامه انه ليس بتوكيل في الحقيقة وأنما هو استخدام لحق الملك كما ان ظاهر التذكرة في موضع آخر التوقف قال اذا وكل السيد عبده في بيع او شراء او غيرهما من التصرفات ثم اعتقه وباعه فان قلنا ان توكيله لعبده توكيل حقيقي لم ينعزل بالبيع ولا بالعتق وبقي الاذن بحاله عملا بالاستصحاب وان قلنا انه ليس بتوكيل حقيقي ولكنه استخدام وأمر ارتفع الاذن لزوال الملك لانه انما استخدمه بحق الملك وقد زال بالبيع والعتق وثبوت ملك غيره فيه يمنع ابتداء توكيله بغير اذن فيقطع استدامته وفصل بعض الفقهاء فقال ان كانت الصيغة وكلتك بقي الاذن وان امره به ارتفع الاذن بالعتق والبيع واذا حكمنا ببقاء الاذن في صورة البيع فعليه استئذان المشتري لان منافعه صارت مستحقة له انتهى وقال في الكتاب فيما يأتي لو اذن لعبده في التصرف في ماله ثم أعتقه أو باعه بطل الاذن لانه ليس على حد الوكالة بل هو اذن تابع

الملك ويحتمل بقاء وكالته لو اعتقه وهو قريب مما في التذكرة على اضطراب فيهما كما ستعرف (وقال في التحرير) لو وكل عبده ثم اعتقه فالاقرب انعزاله (وكيف كان) فالوجه في توكيل المولى عبده انه عقد وكالة على قابل فيُنابه لانه يصح ان يكون وكيلا لغير السيد اذ اذن له السيد ولا مانع هنا الا كونه عبدا للموكل ولم تثبت منافيته للوكالة فيجب الحكم بالصحة عملا بالعمومات ووجه العدم ان العقد أنما يحتاج اليه فيمن لم يملك الموجب اقواله وافعاله ومن المعلوم انه يجب على العبد بمجرد امر السيد الفعل ولا يتوقف على رضاه وقبوله فما يصدر عليه من مولاه أمر واستنابة وليس من الوكالة في شيء وان الوكالة تقبل الجعل ويلزمها الضمان مع التعدي وكل منهما ممتنع هنا لانه لايثبت للسيد على عبده مال ولا يثبت للعبد على سيده مال وانتفاء اللازم يدل على انتفاء الملزوم وضعف بمنع كون ذلك لازما لكل وكالة ولا دليل عليه وكونه أكثر غير قادح وان الفائدة تظهر في بطلان الاستنابة ببيعه واعتاقه وعدمه وفي (جامع المقاصد) انه لانزاع في أن المولى اذا استناب عبده في التصرف يصح تصرفه وانما النزاع في كونه وكالة أواذنا انتهى وهو غير موافق لكلامهم كما ستعرف على انه سيأتي له مالعله يخالفه ثم قال وقال فيما يأتي ان الذي يقتضيه النظر الفرق بين الاذن والتوكيل وكون احتمال البقاء وعدمه بعد البيع والعتق انما هو على تقدير التوكيل وهذا ينافي ماذكره من الفائدة عند امعان النظر اذ الظاهر من الفائدة ان الخلاف في ان الاستنابة هل تبطل ببيعه أم لافان بطلت كانت اذنا والا فوكالة وقضيته ان الوكالة لاتبطل بلا خلاف وكلامه هذا يقتضي أن الخلاف على تقدير الوكالة وقد قرب في التحرير بطلان وكالته بعتقه وبيعه وما ذكره في جامع المقاصد من الفرق فهو حق (١) وقد استشكل في ذلك صاحب المسالك قال قد تقدم في أول الوكالة أنها لاتنحصر في لفظ وتتأدى بكل مايدل على الاذن في التصرف فيشكل الفرق بين توكيل العبد والاذن له في التصرف حيث لاتبطل الوكالة بعتقه ويبطل الاذن ثم قال ان الوكالة ليست أمرا مغايرا للاذن فلافرق بين الصيغتين (قلت) وعدم الفرق ظاهر المبسوط وغرضه في المسالك الرد على المحقق حيث فرق كما سمعت فيما سبق وقد عرفت ان الفرق ليس من خواص المحقق بل هو صريح كلام الارشاد وظاهر التذكرة في الكتاب فيما يأتي وان اضطرب كلامه فيهما اذ كلامه في التذكرة وقد سمعته برمته يقضي فى أوله بالفرق وفي آخره بعدمه حيث قال واذا حكما ببقاء الاذن في صورة البيع اذ مراده بالاذن التوكيل لان فرض المسئلة به وعكس فى الكتاب حيث فرض المسئلة بالاذن ثم قال ويحتمل بقاء وكالته ثم انه لاينبغي منه هذا الاحتمال بعد قوله هنا الاقرب جواز توكيل عبده اذ معناه انه توكيل حقيقي فيكون كتوكيل الزوجة لايزول هذا بالاعتاق ولا ذاك بالطلاق (ونحن نقول) قد تقدم لنا في أول الباب ان الوكالة التي هي عقد انما تكون بالايجاب والقبول اللفظيين وحيث يفقدان أواحدهما تكون من معاطاة الوكالة ولا يكون هناك الا مجرد الاذن واليه نظر الجماعة في الفرق أو نقول ان ثبت ذلك وما كان ليكون ذلك ان المرجع في الفرق كما في مجمع البرهان الى قصد الموكل

(١) لكنه ينافي قوله وانما النزاع فى كونه وكالة أو اذنا لان ظاهر ذلك أنها معصية حقيقية فيصير حاصل ذلك ان كل لفظ يصدر عن السيد فالناس فيه على قولين أما انه اذن لاغير فلا يتصور ان يكون وكالة وأما وكالة لاغير ولا يتصور أن يكون اذنا وهو مخالف للواقع ولما ستسمع من ان مايصدر عن السيد بالنسبة الى العبد بعضه يكون وكالة عند من جوز وكالته و بعضه يكون اذنا (منه قدس سره)

ويستحب ان يكون الوكيل تام البصيرة عارفا باللغة التي يحاور بها ويصح ان يكون الوكيل فاسقا (متن)

لا لفظه فان قصد معنى الوكالة التي تصدر الى الاحرار فهي وكالة وان قصد الامر والاذن من حيث انه مالك آمر وان العبد خادم مامور من غير نظر الى وكالة وتوكيل فهي مجرد اذن تابع للملكية وهذا جار ايضا في الزوجة فليتأمل وليعلم انه يجيء على القول بجواز التصرف مع تعليق الوكالة كما هو المختار تسويغ التصرف هنا وان لم تصح الوكالة فالقائلون بجواز توكيله والقائلون بعدمه متفقون على جواز تصرف العبد فلا ثمرة للنزاع الا فيما اذا كانت الوكالة الصحة (الصحيحة فقط) شرطا في عقد لازم أو منذورة أو كان قد اعتقه أو باعه ولا يتصور الجعل هنا ﴿قوله﴾ ﴿ ويستحب أن يكون تام البصيرة عارفا باللغة التي يحاور بها ﴾ كما في النهاية والشرائع والارشاد والتذكرة والمختلف واللمعة وجامع المقاصد والمسالك والروضه ومجمع البرهان والمفاتيح والكفاية وفي الاخير انه المشهور وفي الاولين ينبغي لاغير ولعله اوفق بالمقام اذ هو ارشاد لايترتب عليه ثواب ولا أمر به في اخبار الباب حتى يقال بالاستحباب لمكان صدوره وان علم ان المراد به الارشاد بل لو علم انه صدر تقية كما حرر في فنه بل قد يقال له انه هنا وازع (ثم ليعلم) انه لعل مرادهم انه يستحب للموكل اختيار وكيل على هذه الصفات أو يستحب لمثل هذا الشخص الجامع لهذه الصفات ان يتوكل والاول اوفق بما ستسمع من العبارات وقد وجهوا الاول اعني تام البصيره بانه يكون مليا بتحقق مراد الموكل والثاني بانه بمحصل الغرض من توكيله وهو يناسب معنى الشرط لان الوكالة تنتفي بانتفائه وقد عد في الوسيلة في شروط الوكالة ان يكون عاقلا بصيرا عارفا باللغة التي يحتاج الى المحاورة بها ومثله ما في المراسم حيث قال لابد من أن يكون مأمونا عارفا بالحكم الذي وكل فيه وباللغة التي يخاطب بها (وقال في الكافي) لايجوز لمسلم ان يوكل الا المسلم العاقل الامين الحازم البصير بلحن الحجة العالم بمواقع الحكم العارف باللغة التي يحاور بها وقال القاضي فيما حكي لايجوز للمسلم ان يوكل على مسلم الا المسلم الثقة العاقل الامين البصير بالمناظرة المضطلع بالاحتجاج العالم بمواقع الحكم العارف باللغة التي يحاور بها فما زاد على الكافي الا الثقة المضطلع بل القاضي انما منع من ذلك حيث يكون الوكالة على المسلم والجماعة المتأخرون كالمحقق الثاني وغيره نسبوا القول بالوجوب الى القاضي وظاهر أبي الصلاح ولا وجه للتفرقه مع ان القاضي قولا آخر بالكراهية (وقال في الغنية) لايجوز للمسلم ان يوكل الكافر بل يظهر منه دعوى الاجماع على ذلك أو هو صريحه وقد اغفلوا كالمصنف في المختلف ما في المراسم والوسيلة والغنية ﴿قوله﴾ ﴿ويصح أن يكون الوكيل فاسقا﴾ كما في الشرائع والتذكرة والتحرير وجامع المقاصد والمسالك والكفاية وهو قضية كلام المبسوط والارشاد وغيرهما حيث جوز وان يكون كافرا ومرتدا والضابط ان كل مالا يكون الكفر والفسق مانعا من مباشرته يجوز ان يكون الفاسق والكافر وكيلا فيه وقد عرفت ان القاضي اشترط ان يكون مسلما ثقة ولعل التوثيق هو الظاهر من التقي بل ومن الديلمي والطوسي وظاهر الاربعة ارادة المؤمن فلا يصح عندهم توكيل المخالف وكانه لا ريب في بطلان كلامهم على اطلاقه لان الفاظ العقود ونحوها لا مدخل للوثاقة فيها فتأمل نعم في اشتراط الاسلام والايمان كلام يأتي وقد ينزل قولهم على التوكيل على المسلم كما قاله القاضي لما يأتي وعن أبي علي انه قال ولا يختار توكيل غير ذي الدين من البائنين ولا تستحب وكالة المسلم لمن يوجب الدين

ولو في ايجاب النكاح أو كافرا أو عبدا باذن مولاه (متن)

البراءة منه ولا توكيله ﴿ قوله ﴾ (ولو في ايجاب النكاح) يعني انه يجوز أن يكون الفاسق وكيلا في ايجاب النكاح ولو قلنا بسلب ولايته بالفسق لان سلب ولايته لا يقتضي سلب صحة عبارته ولا تهجيني هذه العبارة وفي (المبسوط وجامع الشرائع والتنقيح والمختلف وجامع المقاصد) انه لا يجوز ان يكون الكافر وكيلا في تزويج المسلمة لانه لا يملك التصرف فيه ولانه نوع ولاية لم يجعلها الله سبحانه وتعالى له وحكى في الرياض عن التنقيح الاجماع ولم نجده فيما عندنا من نسخها وقال ابن ادريس انه يقوى في نفسه الجواز وعدم المنع وفي (التحرير) انه أقرب وهو كذلك لانه ليس ولاية بل يشبه الاستخدام وعدم ملكه التصرف لوجود المانع وهو انه غير كفر مع وجود السبيل و يأتي تمام الكلام ان شاء الله تعالى ﴿ قوله ﴾ (او كافرا) قد تقدم الكلام آنفا ﴿ قوله ﴾ (أو عبداً باذن مولاه) اجماعا كما في ظاهر المبسوط حيث قال عندنا و به طفحت عباراتهم على اختلافهم في التعبير عن افادة هذا المعنى ففي بعضها يجوز توكيله في كل شيء حتى في شراء نفسه وفي بعضها لو وكله في شراء نفسه من مولاه وفي بعضها كجامع الشرائع لا يجوز وكالته لغير سيده في العقود وفي بعضها كالشرائع يجوز ان وكله مولاه في اعتاق نفسه وفي بعضها كالشرائع أيضا يجوز وكالة العبد اذا أذن له مولاه (ووجهه) ان عبارته معتبرة والمانع كون منافعه مملوكة لمولاه فمع اذنه يزول المانع وقضية اطلاقهم انه يجوز وكالته بدون اذنه من دون فرق بين ان يمنع ما وكل فيه شيئا من حقوق سيده ام لا كما لو وكله في ايقاع عقد في وقت لم يطلب المولى منه شيئا او لم يكن العقد منافيا لما طلب منه ولا بين القليل والكثير لان منافعه كلها ملك السيد فلا بد من اذنه وحكى في جامع الشرائع القول بانه يجوز توكيل غير سيده له في العقود لانه كلام وظاهره ان مراده بغير اذنه وانه لم يمنع شيئا من حقوقه وهو خيرة التذكرة حيث ذهب الى جواز توكيله بدون اذنه في قبول عقد النكاح اذا لم يمنع شيئا من حقوقه وقد حكي عنه في جامع المقاصد والمسالك وتبعهما الجماعة انه ذهب فيها الى جواز توكيله بدون اذنه اذا لم يمنع شيئا من حقوقه من دون تقييد ولعله لعدم التفصل وقد وافقه عليه الشهيد الثاني والمقدس الاردبيلي والخراساني والكاشاني اذا لم يظهر من المولى المنع كما في مجمع البرهان و بشرط يغلب على ظنه ان المولى راض بهذه الوكالة كما في الكفاية وهو معنى ما في مجمع البرهان وهما معنى قوله في المسالك بشهادة الحال وانتفاء الضرر و يأتي للمصنف في آخر هذا الركن انه لو وكل زوجته أو عبد غيره ثم طلق الزوجة أو أعتق العبد لم تبطل الوكالة ولم يقيد توكيل عبد غيره بكونه باذن مولاه وفي (جامع المقاصد) فيه نظر لان المنافي ان كان هو ان منافعه ملك للمولى فلا يجوز الانتفاع بها من دون اذنه في نظر الشرع ولا فرق فيها بين المانع من حقوق المولى وعدمه وان كان المانع هو منافاة التوكيل لانتفاع المولى وجب ان لا يفرق بين قليل المنافع وكثيرها فيجوز ان يستنزله و يستنسجه حيث لا يمنع انتفاع المولى كأن ينزل وهو يتردد في حوائج المولى ولا يخفى بطلان ذلك (ولا يقال) يلزم ان لا يجوز مخاطبة العبد ومحاورته بما يستدعي تكلمه (لانا نقول) ان تم بطلان اللازم فقد خرج ذلك باطباق الناس عليه وجريان العادة المطردة به مجرى مجرى الشرب من ساقية الغير بغير اذنه انتهى وآخره يرد أوله لان المستند واحد فيما نحن فيه وفيما حكم بجوازه وهو النقل لمكان القرائن المقترنة بعدم المفسدة وكلاهما من باب الاستظلال بحائطه والشرب من ساقيته مع ان قبول

وان كان في شراء نفسه من مولاه أوفي اعتاق نفسه وان يكون أمرأة في عقد النكاح وطلاق نفسها وغيرها وان يكون محجورا عليه لسفه او فلس (متن)

عقد النكاح الذي هو محل النزاع وايجابه وهما معا من جملة الكلام فتخصيص بعضه بالجواز دون بعض تحكم ثم ان ما ادعى اطباق الناس عليه ليس مسلما على اطلاقه بل تكليمه مشروط بعدم منافاته لشيء من حقوق السيد والاحرم كما اذا قضى بتراخيه عما اراده منه فورا ولعله أشار اليه بقوله ان تم (والحاصل) انا نختار الشق الاول ونقول ان القليل اليسير الذي خارج عن العموم ونستند في ذلك الى النقل وقرائن الاحوال كما قرر في فنه بل الى الضرورة كما في الاستظلال ولم يبق الا أن نقول ليس له القبول لانه ليس له ان يقبل لنفسه بدون اذن سيده فلا تصح وكالته (وفيه) ان المانع وجود المانع وهو مايتعلق به من لزوم المهر والنفقة وكذا يصح له ان يتوكل في طرف ايجابه من دون اذنه لصحة عبارته وليس لك الا ان تقول أنه ليس ان يزوج ابنته (وفيه) انها ان كانت مملوكة فالامر واضح والا فهو مشغول بخدمة سيده عن البحث عن مصلحتها واما هنا فقد كفي مؤنة ذلك وبالجملة لا ولاية عليها لانه لايقدر على شيء ﴿ قوله ﴾ ﴿ وان كان في شراء نفسه من مولاه ﴾ كما في المبسوط وجامع الشرائع والشرائع وجامع المقاصد والمسالك وهو قضية كلام القاضي كما ستسمع والمراد ان رجلا وكله باذن مولاه في شراء نفسه من مولاه وخصت هذه في كلامهم بالذكر لدفع احتمال البطلان هنا من حيث ان الشراء يستدعي مغايرة المشتري للمبيع ويندفع بان المغايرة الاعتبارية كافية وعن القاضي انه قال ان الاقوى انه لاتصح الا أن يأذن له في ذلك فان لم يأذن له فيه لم يصح وفيه ان بيعه له رضا بالتوكيل وهو في مقام آخر يستفاد منه حال مانحن فيه عنده ﴿ قوله ﴾ ﴿ وفي اعتاق نفسه ﴾ أي يجوز ان يكون وكيلا عن مولاه باذن مولاه في اعتاق نفسه كما في الشرائع والتحرير والارشاد وجامع المقاصد والمسالك ومجمع البرهان والكفاية لان المغايرة الاعتبارية كافية ﴿ قوله ﴾ ﴿ وان يكون الوكيل امرأة في عقد النكاح ﴾ نكاحها كما في الشرائع والتذكرة والتحرير والارشاد وجامع المقاصد والمسالك ومجمع البرهان وظاهر التذكرة الاجماع عليه حيث قال ايجابا وقبولا عندنا وفي (مجمع البرهان) كأنه اجماعي فيهما ودليله عمومات الباب مع عدم المانع ﴿ قوله ﴾ ﴿ وطلاق نفسها ﴾ كما في الكتب المتقدمة عدا الشرائع فان فيها التردد وقد قوى فيه المنع في المبسوط وفي (السرائر) انه لايجوز على الصحيح من المذهب وقد يظهر ذلك من جامع الشرائع حيث نص على ان يجوز لها ان تتوكل في طلاق ضرتها مقتصراً عليه مستندين الى ان المغايرة بين الوكيل والمطلقة شرط وقد ضعفوه بأنه يكفي فيه المغايرة الاعتبارية وعملا بعموم ادلة الوكالة مع قبوله النيابة ﴿ قوله ﴾ ﴿ وغيرها ﴾ (جواز ظ) وكالتها في طلاق غيرها سواء كانت زوجة لزوجها أم لاجنبي فواضح لااشكال فيه كما في جامع المقاصد والمسالك وعليه نص المخالف والمتردد لانه فعل يقبل النيابة وعبارتها فيه معتبرة وهو أصح وجهي الشافعية ونص في التذكرة على جواز توكيل المطلقة في رجعة نفسها وتوكيل امرأة أخرى ﴿ قوله ﴾ ﴿ وان يكون محجوراً عليه لسفه أو فلس ﴾ كما في الشرائع والتذكرة والارشادوجامع المقاصد والمسالك ومجمع البرهان وفي الاخير لانجد قائلا بالمنع في السفه فبالاولى في الفلس لعموم ادلة الوكالة مع عدم مايصلح للمانعية وهو كونه محجورا عليهما في الجملة اذ لايستلزم منعه من التصرف في

ولا يصح أن يكون محرما في عقد النكاح وشراء الصيد وبيعه وحفظه ولا معتكفا في عقد البيع ولو ارتد المسلم لم تبطل وكالته ولا يصح ان يتوكل الذمي على المسلم لذمي ولا لمسلم (متن)

مال غيره اذ قد يتحفظ على مال الناس دون مال نفسه وهو يرشد الى اعتبار عبارته وأنه ليس كالصبي والمجنون وقد يقال ان تسليمه المال سفه اذ قد يضيع ولا يمكن أخذ البدل منه وان قيل بأخذه من ماله في الجملة على ما مر في بابه فيكون مستلزما لاضاعة ماله أو مال الموكل لكنهم لم يلتفتوا اليه لندرة فرضه الاعلى بعض الوجوه بل كأنه لا تعلق له بما نحن فيه فتأمل ﴿ قوله ﴾ ﴿ ولا يصح ان يكون محرماً في عقد النكاح وشراء الصيد وبيعه وحفظه ﴾ كما في الشرائع والارشاد وجامع المقاصد والمسالك ومجمع البرهان لامتناع مباشرته النكاح والانكاح كما تقدم بيانه في الموكل وامتناع اثبات المحرم يده على الصيد وتصرفه فيه ببيع وغيره وقد سمعت ما تقدم عن الخلاف والمبسوط ومنع المصنف عليه ﴿ قوله ﴾ ﴿ ولا معتكفا في عقد البيع ﴾ كما في جامع المقاصد لانه لا تجوز النيابة فيما لا يجوز فعله للنائب ﴿ قوله ﴾ ﴿ ولو ارتد المسلم لم تبطل وكالته ﴾ كما في المبسوط والشرائع والتذكرة في موضعين والتحرير والارشاد واللمعة وجامع المقاصد والمسالك والروضة وظاهرهم كما في جامع المقاصد والمسالك انه لا فرق في ذلك بين كون الردة عن فطرة أولا كما نبه عليه في التذكرة حيث قال بان الردة تنافي تصرفه لنفسه لا لغيره وبه صرح في الروضة وقد أرادوا بذلك دفع توهم بطلان وكالته لأنهم يحكمون ببطلان تصرفاته وبوجه خروج وكالته ان تصرفه حينئذ لغيره لا لنفسه والممنوع منه تصرفه لنفسه لكن ذلك لا ينافي بطلانها من جهة أخرى ككونه وكيلا على مسلم فانه بحكم الكافر حينئذ كما صرح به فخر الاسلام وغيره ولا يبعد القول ببطلانها في الفطري كما هو خيرة فخر الاسلام في شرح الارشاد لانه في حكم الميت لانه يجب قتله بل يجب عليه قتل نفسه فهو مشغول بما دهمه عن البحث عن مصلحة الموكل كما تقدم مثله في العبد بل هو أشغل منه وقد سمعت ما قاله سلار والتقي والقاضي والطوسي ﴿ قوله ﴾ ﴿ ولا يصح ان يتوكل الذمي على المسلم للذمي ولا للمسلم ﴾ اجماعا فيهما كما في صريح التذكرة والتنقيح وجامع المقاصد والمفاتيح وظاهر اللمعة والمهذب البارع والمقتصر والمسالك والاجماعات الآتية في توكل المسلم للذمي على المسلم منطبقة عليه بالاولوية ولا معنى لما في الشرائع وغاية المرام من أنه المشهور الا ان يؤول بالمعروف اذ لا نجد مخالفا أصلا اذ قد صرح بذلك في المقنعة والمراسم والكافي والنهاية والوسيلة والشرائع والنافع وكشف الرموز وسائر ما تأخر الى الرياض وانما خلى عنه فقه الراوندي وجامع الشرائع لكنك قد سمعت عن الثاني فيما تقدم من منعه توكيل الذمي في تزويج المسلم المسلمة ما يلزم منه هنا بطريق أولى هذا كله مضافا الى ما يأتي في المسألة التي بعد هذه نعم قد تشعر عبارة الشرائع بالتردد حيث قال على القول المشهور ولعله اشار الى ما حكي عن أبي علي قال ولا نختار توكيل غير ذي الدين من الباقين ولا نستحب وكالة المسلم لموجب الدين البراءة منه ولا توكيله انتهى فقد جعل الصور الثلاث مكروهة ولعل الاولى والأخيرة هما ما في الكتاب والثانية في كلامه هي الثالثة الآتية في الكتاب فليتأمل وقد يظهر التأمل من صاحب الكفاية حيث قال قالوا مع ما ستسمع منه (وكيف كان) فظاهر الاطلاقات الفتاوى والاجماعات انه لا فرق في ذلك بين ما يحصل فيه التسلط والسلطنة مثل ان يكون الذمي وكيلا على المسلم في استيفاء حق منه أو مخاصمة وبين غيره كما اذا كان وكيلا في ايقاع

ويكره ان يتوكل المسلم للذمي على المسلم (متن)

عقد لمسلم على آخر أو في اعطائه دينا بل هذه الاطلاقات كالصريحة في ذلك خلافا لمولانا الأردبيلي حيث قال ان المنع غير بعيد في القسم الاول وأما الثاني فلا نجد مانعا منه الا ان يكون هذا اجماعيا أيضا لان لفظة على والتحريم في عبارات الاصحاب وظاهر الآية لاتدل على ذلك فالظاهر الجواز بناء على الاصل وعموم أدلة الوكالة مع عدم الدليل انتهى وتبعه على ذلك صاحب الكفاية وصاحب الرياض وقد عرفت ان صاحب الكفاية متأمل في أصل الحكم وقد ادعى صاحب الرياض ان هذا الفرق ظاهر الاصحاب ثم قال الا ان ابن زهرة صار الى المنع من توكله على تزويج المسلمة من المسلم ومن توكل المسلم على تزويج المشركة من الكافر مدعيا عليه اجماع الامامية فان تم اجماعه والا كما هو الظاهر لعدم مفت بماذكره على الظاهر كان الجواز اظهر انتهى (وفيه) أنه قد تقدم عن المبسوط وجامع الشرائع والمختلف وجامع المقاصد الافتاء بالمنع من توكل الكافر على تزويج المسلمة من المسلم ولعل الظهور الذي ادعاه قد استفاده من لفظة على ومن استدلالهم بالآية الشريفة وهو لايكاد ينكرلكن يستبعد عدم تعرض احد لذلك أصلا فليتأمل جيداً ﴿ قوله ﴾ ﴿ ويكره ان يتوكل المسلم للذمي على المسلم ﴾ كما في المبسوط والمراسم على ماعندنا من نسخها والسرائر على ماحكي والشرائع بعد تردده فيها وكشف الرموز والتذكرة والتحرير والارشاد والتنقيح وايضاح النافع وجامع المقاصد والمسالك والروضة ومجمع البرهان وكذا المفاتيح والكفاية وفي (جامع المقاصد والمسالك والكفاية والمفاتيح) انه المشهور وفي (التذكرة) الاجماع عليه وفي (الرياض) ان عليه عامة من تأخر قلت الا اباالعباس في المقتصر (وقال في الخلاف) يكره ان يتوكل مسلم لكافر على مسلم ولم يكره ذلك أحد من الفقهاء (دليلنا) اجماع الفرقة لانه لادليل على جوازه انتهى وقد حكى عنه كاشف الرموز القول بالكراهة وجماعة القول بالتحريم وعبارته قابلة للأمرين معا ولعلها في الحرمة اظهر لمكان تصريحه بنفي الدليل على الجواز فتدبر وتردد في النافع فكأن التردد ظاهر اللمعة واختير التحريم وعدم الجواز في المقنعة والنهاية والكافي والوسيلة والغنية والمقتصر وحكاه جماعة عن الخلاف كما سمعت وفي (الغنية) الاجماع عليه وحكى في المختلف عن ابن ادريس أنه حكى عن الشيخ في النهاية عدم الجواز وانكره عليه في المختلف وحكى فيه عن سلار المنع والموجود في نسختين من المراسم الجواز (وقال في كشف الرموز) قد اعتبرت كتب الاحاديث فما ظفرت بخبر داود في هذا المعنى وكذا ذكر شيخنا وصاحب البشري وتوهم بعض الشارحين لرسالة سلار وجود حديث مروي بذلك فقال ان الخبر الوارد بذلك التقية وقال المتأخر يعني ابن ادريس ان ذلك الخبر بالمنع من الاحاد قلت في الامثال ثبت العرش ثم انقش انتهى كلامه (ونحن نقول) من حفظ حجة على من لم يحفظ والمثبت مقدم ويشهد لهذين الفاضلين وجود الحكم في الكتب التي هي متون الاخبار لكن يتعين على مثلنا ممن تأخر القول بالكراهية للاصل والعمومات واجماع التذكرة المتضدة بالشهرة معلومة ومنقولة في عدة مواضع مضافا الى مافهمه كاشف الرموز من الخلاف فيقدمان على اجماع الغنية لعدم اعتضاده بشيء من ذلك الا الشهرة المتقدمة واجماع الخلاف على ماتقدم لكن يوهنه اطباق الناس الا اباالعباس بعده على خلافه وقضية دليلهم وهو الآية الشريفة والاولوية العرفية تعدية الحكم الى غير الذمي ولعل اقتصارهم على الذمي لندرة الوكالة والتوكيل مع غير الذمي في بلاد

والمكاتب ان يتوكل بجعل مطلقاً وبغيره باذن السيد واذا اذن لعبده في التجارة لم يكن له ان يؤجر نفسه ولا يتوكل لغيره ولو عين له التجارة في نوع لم يجز له التجاوز عنه ولو وكل اثنين وشرط الاجتماع او اطلق لم يجز لاحدهما التفرد بشيء من التصرف (متن)

الاسلام أو التنبيه بالادنى على الاعلى (وليعلم) ان جماعة تعرضوا لباقي الصور وهي ثمان باضافة الصور الثلاث الى باقيها وتفصيلها ان كلا من الموكل والوكيل والموكل عليه اما مسلم أو كافر فتضرب قسمي الوكيل في قسمي الموكل ثم المجتمع وهو أربعة في قسمي الموكل عليه والصور الخمس جائزة بلا خلاف فيصح ان يتوكل المسلم للمسلم على المسلم وعلى الذمي والذمي على الذمي بالاجماع في الثلاثة كما في المهذب البارع والمقتصر والتنقيح ويتوكل الذمي على الذمي للمسلم والذمي اجماعا فيهما كما في المقتصر والتنقيح وفي المهذب البارع أنه لا شك فيه ﴿ قوله ﴾ (والمكاتب ان يتوكل بجعل مطلقا وبغيره باذن السيد) كما في المبسوط والتحرير وجامع المقاصد وكذا التذكرة لانه لا حجر عليه في التصرفات التي لا تضييع فيها وسلطان السيد قد انقطع عنه لانه ليس له منعه من الاكتساب بجميع وجوهه فله ان يتوكل مع الجعل باذنه وبدونه واما الثاني فلانه محجور عليه في اتلاف امواله وتضييع منافعه ليؤدي عوض المكاتبة فاذا اذن السيد فلا مانع (وقال في التذكرة) فاما بغير جعل فان لم يمنع شيئا من حقوق السيد فالاقرب الجواز كما قلناه في العبد وقد تقدم لنا تقويته ﴿ قوله ﴾ (واذا أذن للعبد في التجارة لم يكن له ان يؤجر نفسه) كما في المبسوط وجامع المقاصد وكذا التحرير لان الاجارة لم يتناولها الاذن في التجارة ﴿ قوله ﴾ (ولا يتوكل لغيره) كما في المبسوط والتذكرة وجامع المقاصد وكذا التحرير لانه خارج عن مقتضى الاذن ﴿ قوله ﴾ (ولو عين التجارة في نوع لم يجز له التجاوز عنه) لانه لا اذن له فيه فكان ممنوعا منه ﴿ قوله ﴾ (ولو وكل اثنين وشرط الاجتماع أو أطلق لم يجز لاحدهما التفرد بشيء من التصرف) لا نعلم خلافا في جواز تعدد الوكيل كما في التذكرة واما انه اذا وكل اثنين وشرط عليهما الاجتماع لم يجز لاحدهما التفرد بشيء من التصرف فلا شك فيه كما في مجمع البرهان وبه صرح في المبسوط والشرائع والتذكرة والارشاد وجامع المقاصد والمسالك والكفاية والمفاتيح وكذا التحرير بل هو صريحه ايضا لان توكيله اياهما عند هذا الوجه يقضي أنه لا يرضى برأي أحدهما وتصرفه منفردا والمراد باجتماعهما على العقد صدوره عن رأيهما لا ايقاع كل منهما الصيغة فلو وكل احدهما الآخر في ايقاع الصيغة أو وكلا ثالثا صح ان اقتضت وكالتهما جواز التوكيل والا تعين عليهما ايقاع الصيغة مباشرة فيوقعها كل واحد مرة ويمكن ان يكون هذا من مواضع جواز توكيل الوكيل ولو بكون أحدهما وكل الآخر لدلالة القرائن على أنه لا يريد مباشرة الصيغة مرتين غالبا وهذا بخلاف الوصيين على الاجتماع فان توكيل أحدهما للآخر وتوكيلهما الثالث جائز والفرق بين الوصي والوكيل ان الوصي يتصرف بالولاية كالاب والوكيل يتصرف بالاذن فيتبع مدلوله وكذا قال في المسالك (وفيه) أنه ليس لنا عقد صحيح لا يترتب عليه أثر حتى يأتيه عقد آخر وأنه شيء غريب غير معهود في الشرع كما في مجمع البرهان فليكن ذلك قرينة على جواز التوكيل كما اذا وكله في أمر لا يقدر عليه كما تقدم فالظاهر ان مراد الاصحاب باجتماعهما صدور الموكل فيه عن رأيهما معا بعد تشاورهما ونظرهما في المصلحة فان كان عملا باشراهما وان كان عقدا اوقعه أحدهما باذن الآخر او وكل ثالثا فيه (قال في مجمع البرهان) الظاهر عدم

وان كان في الخصومة ولو مات احدهما بطلت الوكالة وليس للحاكم ان يضم الى الثاني امينا وكذا لو غاب ولو وكلهما في حفظ ماله حفظاه معا في حرز لهما ولو شرط لهما الانفراد جاز لكل منهما أن يتصرف من غير مشاورة صاحبه في الجميع والاقرب جواز وكالة الواحد عن المتخاصمين (متن)

الشبهة في جواز توكيل أحدهما الآخر الا مع عجزهما فيوكلان ثالثا قلت لاحاجة الى اشتراط العجز في توكيل الثالث كما هو الظاهر واما أنه لايجوز لاحدهما التفرد بشيء من التصرف اذا اطلق ولم توجد قرينة على الاجتماع ولا على الانفراد فقد نسبه في مجمع البرهان الى ظاهر الاصحاب (وقال في الكفاية) قالوا قلت و بصرح في الكتب الثلاثة المذكورة فيما اذا شرط الاجتماع ولعله لان الاصل عدم جواز التصرف في مال الغير الا باذنه ولم يصدر عنه الا قوله وكلتكما ولم يتحقق من ذلك الا كونهما وكيلين مجتمعين لان كانا حينئذ بمنزلة مخاطب واحد ونشك في ان الخطاب متوجه الى كل واحد منهما على الانفراد فينفى بالاصل و يرشد الى ذلك الخبر الوارد في الوصية الدال على كونهما معا وكيلين مع الاطلاق وان كل من تعرض لذلك حكم بذلك من دون اشكال حتى من العامة الا مايظهر من قوله في الكفاية قالوا اذ قد حكاه في التذكرة عن الشافعي واحمد وأصحاب الرأي ولم ينقل فيه خلافا عن أحد منهم مستندين الى انه لم يأذن لاحدهما في الانفراد ﴿ قوله ﴾ ﴿ وان كان في خصومة ﴾ كما في التحرير وجامع المقاصد وحكي عن الشافعي أنه جوز لكل منهما الانفراد في الخصومة ﴿ قوله ﴾ ﴿ ولو مات أحدهما بطلت الوكالة ﴾ كما في المبسوط والشرائع والارشاد وجامع المقاصد والمسالك ومجمع البرهان والكفاية والمفاتيح والوجه في ذلك ظاهر بعد ما تقدم اذ الحال في ذلك كالحال فيما اذا ماتا معا أو كان وكيلا واحدا فمات ﴿ قوله ﴾ ﴿ وليس للحاكم ان يضم الى الثاني أمينا ﴾ كما في المبسوط والشرائع والتحرير والارشاد وجامع المقاصد والمسالك ومجمع البرهان والكفاية والمفاتيح لكنه ذكر ذلك في التحرير فيما اذا غاب لأنه لاولاية هنا للحاكم بخلاف الوصي لان النظر في حق الميت واليتيم له ولهذا اذا لم يوص اقام الحاكم امينا في النظر لليتيم نعم لو غاب الموكل فمات احد الوكيلين واحتاجت أموره التي وكل فيها الى الوكيل فليس يبعد ان للحاكم ان يضم الى الباقي أمينا في التصرف الذي يتولاه الحاكم عن الغائب اذ هو أولى من عزله ونصب غيره ﴿ قوله ﴾ ﴿ وكذا لو غاب ﴾ أي لو غاب أحد الوكيلين فالحكم كما لو مات كما في المبسوط والتحرير وجامع المقاصد ﴿ قوله ﴾ ﴿ ولو وكلهما في حفظ ماله حفظاه معا في حرز لهما ﴾ كما في التحرير وجامع المقاصد لان المأذون فيه هو حفظهما معا فيجب اتباع الاذن والمراد بكونه لهما أن يكون الاحراز فيه حقا لهما ولايجوز لاحدهما الانفراد بحفظه ولا قسمته ان قبل القسمة خلافا لبعض الشافعية ﴿ قوله ﴾ ﴿ ولو شرط لهما الانفراد جاز لكل منهما ان يتصرف من غير مشاورة صاحبه في الجميع ﴾ اي جميع متعلق الوكالة لأنه قد اذن لكل منهما في ذلك وفي (مجمع البرهان) لاشك في انه اذا وكل وصرح بالانفراد كان كل منهما وكيلا برأسه يتصرف كل منهما على حدة في البعض والكل و بذلك صرح في المبسوط والشرائع والتذكرة والارشاد وجامع المقاصد والمسالك ومجمع البرهان ﴿ قوله ﴾ ﴿ والاقرب جواز وكالة الواحد عن المتخاصمين ﴾ كما في التذكرة والايضاح (وقال في التحرير) لم استبعد جوازه (وقال في المبسوط) بعد ذكر وجهين الجواز

وعن المتعاقدين فيتولى طرفي العقد (متن)

وعدمه ان الاحوط أنه لايجوز لأنه لابد في ايراد الحجج في المخاصمة من الاستقصاء والمبالغة وذلك يتضاد الغرضان فيه وفي (جامع المقاصد) ان المسئلة محل توقف ولا وجه له لوجود المقتضي وانتفاء المانع اذ ليس هو الا انه لابد من الاستقصاء والمبالغة في مطاويها ولاريب في تضادهما وفيه (اولا) أنه قد لايكون من غرضهما الاستقصاء والمبالغة وانما غرضهما معرفة الحق وذلك أكثر من أن يحصى (وثانيا) ان المبالغة والاستقصاء حرام ولايجوز التوكيل في الحرام قولا واحدا قال أمير المؤمنين عليه السلام من بالغ فيها أثم والاستقصاء على هذا التقدير يجب ان يكون من الجانبين والحق لايكون في الجانبين فيكون مستقصيا لما ليس بحق فيكون غرضهما من توكيله اعتماد الحق واجتناب الباطل فيمكنه ايراد حجة كل منهما ودافع الآخر وقصد الحق ثم إنه يجوز أن يكون شاهدا لهما فالوكالة أولى وان يتوكل لكل واحد على التفريق فكذا على الجمع ﴿قوله﴾ (وعن المتعاقدين فيتولى طرفي العقد) كما في التذكرة والارشاد وشرحه لولده والايضاح والروضة وفي الاخير انه لااشكال فيه الا على القول بمنع كونه موجبا قابلا وكما في بيع المختلف والدروس والسعة والروضة كما تقدم في أواخر باب البيع عند قوله ولا يتولاهما الواحد وقد قلنا هناك انه قد يظهر من المقنعة والنهاية والخلاف والوسيلة والارشاد وأنه المفهوم من عبارة التحرير والمهذب البارع وحكينا عن السرائر المنع من ذلك وأنه تأول عبارة النهاية ونسبه اي المنع الشهيد في الدروس الى كلام الاصحاب وحمل قوله في النافع في بعض نسخه ولايجمع بينهما الواحد انه لايتولى طرفي العقد وقضية كلامه مافي الشرائع والكتاب وغيرهما من قولهم ولايتولاهما الواحد على ذلك بل حمل قولهم ولا يجمع بينهما الواحد على ذلك أيضا فيكون قد جعل العبارات الثلاث من منع واحد وقد احتمل ذلك كله في المسالك (وفيه) ان المصنف والمحقق وغيرهما ممن عبر بذلك لا يرون المنع من تولي الواحد الطرفين فحمل كلامهم على مالا يوافق مذهبهم المعروف منهم بمجرد الاحتمال مع امكان حمله على غيره مما لاينبغي نعم يصح ذلك لابن ادريس بالنسبة الى النهاية لانه ذهب في موضع منها وموضع من المبسوط والخلاف الى المنع وحكوه عن أبي علي وقد حملت العبارات الثلاث في حواشي الكتاب وغاية المرام وجامع المقاصد والميسية والمسالك على ان المراد منها ان لا يجمع بين الدلالتين الشخص الواحد لان البيع مبني على المماكسة (وفيه) انا قد بينا أنه يمكن بذل الجهد والسعي من الجانبين على النهج المتعارف بحيث يستقصي في القيمة الى الحد الممكن عادة ولم يقصر في اعلام ذوي الرغبات الى غير ذلك ولايشترط علم الموكلين بأنه يشتري لاحدهما ويبيع عن الآخر فيستحق أجرتين وقد يكون غرضهما مجرد البيع والشراء لا السعي في كمال مايسوى كما اسبغنا الكلام في ذلك كله في أواخر باب البيع هذا وفي حكم وكالة الواحد عن المتعاقدين بيع الوكيل على ولده الصغير وظاهر التذكرة الاجماع على جواز ذلك وفي (وكالة الايضاح ومجمع البرهان) أنه المشهور وفي (الكفاية) أنه الاشهر وبه طفحت عبارتهم كما يأتي وانما نسب الخلاف الى الشيخ في المبسوط وقطب الدين الكيدري وفي حكمه أيضا بيع الوكيل على نفسه مع اذن الموكل له بذلك وقد اسبغنا الكلام فيه في أوائل باب البيع بما لم يسبقنا اليه سابق ويأتي الكلام فيه ان شاء الله تعالى في أوائل المطلب الاول والى ذلك اشار في اللمعة بقوله في الباب ويجوز للوكيل تولي طرفي العقد باذن الموكل اذ مراده أنه يجوز للوكيل ان يبيع على نفسه اذ

حتى في استيفاء القصاص من نفسه والدين منه والحد (متن)

هو المحتاج للاذن واما حيث يكون وكيلا لهما فلا يفرق فيه بين اذن الموكل وعدمه (وكيف كان) فحجة القائل بجواز كون الواحد وكيلا عن المتعاقدين عمومات الباب وغيره وان الاثنينية المعتبرة في الايجاب والقبول حاصلة فان الوكيل من جهة كونه بائعا مغاير له من جهة كونه مشتريا وهذا القدر كاف في تحقق الايجاب والقبول وان الفرقة اجمعوا كما في الخلاف والمبسوط على انه يجوز للاب ان يقوم جارية ابنه الصغير على نفسه ويطأها بعد ذلك وليس المراد الاولية طرفي العقد وفي (مجمع البرهان) انه في المنتهى ادعى الاجماع ان للاب والجد تولي طرفي العقد وقال هو ان الظاهر من كلامهم عدم الخلاف في ذلك مضافا الى اطباق المتأخرين على ان الوكيل ان يتولى طرفي العقد ويبيع على نفسه اذا أذن له الموكل كما تقدم في البيع ويأتي ان شاء الله تعالى وليس للمانعين الا لزوم كونه قابلا موجبا مع التهمة وعدم المالكة وان شرط اللزوم التفرق وهو لا يحصل بين الشيء ونفسه وقد عرفت أنه لا مانع من الاتحاد كما في الاب والجد وهو يدل على عدم اعتبار المالكة الا ان تقول ان الشفقة تمنعهما من التسامح فنقول قد يتسامح الوكيل بماله ويراعي جانب الموكل فتى علم اذنه ورضاه جاز واما التفرق فقد أجاب عنه في الخلاف فيما اذا كان العاقد الاب أو الجد بوجهين (احدهما) ان البيع يلزم من دون تفرق وهو ان يقول بعد العقد اجزت هذا البيع وامضيته وهو كما ترى انما يتم فيما سبق له (الثاني) ان يقوم من مقامه فيكون ذلك بمنزلة المتبايسين وهو أيضا كما ترى لان المتبايعين لو قاما من موضعهما مصطحبين لم يبطل خيارهما والجواب التام في ما نحن فيه ان التصرف ممكن بالنسبة الى الموكلين لان المدار فيه عليهما واما الوكيل عنهما في العقد خاصة فانه ليس له خيار ولا فسخ ولا التزام وانما الخيار لهما ولا يسقط بمفارقته المجلس وانما يسقط بمفارقتهما المجلس اذا كانا حاضرين و باسقاطهما كما تقدم بيانه في بابه ﴿ قوله ﴾ ﴿ حتى في استيفاء القصاص من نفسه ﴾ لا يخفى ما في العبارة من عدم موافقة العربية لان العطف بحتى انما يصح حيث يكون المعطوف من جملة المعطوف عليه نحو أكلت السمكة حتى رأسها وجعل ما بعدها هنا من جملة ماقبلها يحتاج الى فضل تكلف (وكيف كان) فقد جوز المصنف هنا وفي التذكرة والمحقق الثاني ان يكون الجاني وكيلا في استيفاء القصاص من نفسه في النفس كان القصاص أو الطرف لحصول الغرض وانتفاء التهمة واحتمل في قصاص التحرير المنع منه وجزم به كاشف اللثام ولم يرجح المصنف في قصاص الكتاب فيما اذا قال الجاني انا استوفي القصاص مني ولا ابغي اجرة فانه احتمل القبول وعدمه من دون ترجيح وهذا اذا كان الموكل هو الولي أو المجني عليه لاما اذا كان وكيلا قد اذن له في التوكيل فان المتجه منعه من ذلك الا باذن المجني عليه بل يحتمل منع الولي أيضا منه لان التشفي لا يحصل الا باستيفاء المجني عليه ومن يقوم مقامه على سبيل القهر ﴿ قوله ﴾ ﴿ والدين منها ﴾ أي يجوز توكيل المديون في استيفاء الدين من نفسه كما في التذكرة وجامع المقاصد لما تقدم وحكى في جامع المقاصد عن السيد وجها بالمنع وقال أنه ضعيف ﴿ قوله ﴾ ﴿ والحد منها ﴾ قال في التذكرة لو وكل الامام السارق ليقطع يده جاز اما لو وكله في جلد نفسه فالاقرب المنع لانه متهم بترك الايلام بخلاف القطع اذ لا مدخل للتهمة فيه وفي (جامع المقاصد) ما ذكره في التذكرة هو الصواب لانه اما حق الله عز وجل أو حق له سبحانه وللآدمي فلا

فلو وكله شخص ببيع عبد وآخر بشراء عبد جاز ان يتولى الطرفين ولو وكل زوجته أو عبد غيره ثم طلق الزوجة أو اعتق العبد لم تبطل الوكالة ولو اذن لعبده في التصرف في ماله ثم اعتقه او باعه بطل الاذن لانه ليس على حد الوكالة بل هو اذن تابع للملك ويحتمل بقاء وكالته لو اعتقه ولو وكل عبد غيره ثم اشتراه لم تبطل وكالته (الركن الرابع) في متعلق الوكالة وشروطه ثلاثة (الاول) ان يكون مملوكا للموكل (متن)

يجوز ارتكاب مايؤذن بالاخلال بالايلام المعتبر فيه قلت ولم أجد من تعرض له في الباب ولا باب الحدود ﴿ قوله ﴾ ﴿ فلو وكله شخص ببيع عبد وآخر بشراء عبد جاز ان يتولى الطرفين ﴾ هذا تفريع على جواز كون الواحد وكيلا عن المتعاقدين ﴿ قوله ﴾ ﴿ ولو وكل زوجته أو عبد غيره ثم طلق الزوجة أو اعتق العبد لم تبطل الوكالة ﴾ كما في الشرائع والتحرير وشرح الفخر للارشاد وجامع المقاصد والمسالك والتذكرة بل ظاهر الاخير الاجماع في الاخير حيث قال لم تبطل وكالة العبد قطعا كما ان ظاهر المبسوط لاخلاف في الاول لكنه لم يرجح في الثاني شيئا وقد يظهر منه فيه الميل الى عدم البطلان والوجه فيهما ظاهر لانه لامدخل للزوجية والعبودية في صحة الوكالة لان توكيل عبد الغير باذن سيده توكيل حقيقي وليس أمراً ولا استخداما وينبغي أن يروي اعتق مبنيا للمجهول ويصح مبنيا للمعلوم ولا يضر تفكيك الضمير لعدم اللبس واقتصارهم على عتقه وعدم ذكرهم عدا المبسوط والتحرير ما اذا باعه لغير الموكل قد يقضي بأن الوكالة حينئذ تبطل وبه صرح في التحرير نظرا الى عدم جواز التصرف بدون اذن المشتري وقد ابطل المالك الاول اذنه بزوال ملكه وفي (التذكرة) فيه وجهان البطلان لما ذكر ولمكان الاذن السابق ثم اختار عدم الزوال لانه توكيل حقيقي وليس أمراً ولا استخداما قال ولكن يعتبر رضا المشتري وعلى الموكل ان يستأذنه فان رضي ببقاء الوكالة بقيت والا بطلت وهو خيرة جامع المقاصد والمسالك ولعله الظاهر من شرح الارشاد لفخر الاسلام ولم يفرق في المبسوط بين العتق والبيع في عدم الترجيح (وقال في التذكرة) ولو لم يستأذن المشتري نفذ تصرفه وان ترك واجبا واما اذا اشتراه الموكل فعدم بطلان وكالته بعد ماعرفت أوضح من ان يخفى وقد وافق عليه في التحرير ويأتي التصريح به في كلام المصنف ﴿ قوله ﴾ ﴿ ولو اذن لعبده في التصرف في ماله ثم اعتقه أو باعه بطل الاذن لانه ليس على حد الوكالة بل هو اذن تابع ويحتمل بقاء وكالته لو اعتقه ﴾ قد تقدم الكلام فيه في أول هذا الركن ﴿ قوله ﴾ ﴿ ولو وكل عبد غيره ثم اشتراه لم تبطل وكالته ﴾ قد عرف حاله مما تقدم آنفا كما نبهنا عليه ﴿ قوله ﴾ ﴿ الركن الرابع متعلق الوكالة وشروطه ثلاثة الاول ان يكون مملوكا للموكل ﴾ قال في جامع المقاصد أي من شرط صحة الوكالة ان يكون التصرف مملوكا للموكل في وقت صدور عقد التوكيل والظاهر ان ذلك متفق عليه عندنا انتهى قلت لم تجد من صرح بذلك قبل المصنف غير مايكاد يفهم من الشرائع كما ستسمع ولا بعده غير صاحب التنقيح قال الاول ان يكون مملوكا للموكل بمعنى امكان وقوعه منه شرعا في حال توكيله (وقال في الرياض) ان ظاهر المشهور انه يعتبر الامكان المزبور من حين الوكالة الى وقت التصرف بل ظاهر المحكي عن التذكرة اجماعنا عليه وبه صرح المحقق الثاني قال الظاهر انه متفق عليه

فلو وكله على طلاق زوجة سينكحها أو عتق عبد سيملكه أو بيع ثوب سيشتريه لم يصح (متن)

انتهى وليس في التذكرة عبارة يظهر منها هذا الاجماع وقد أشار الى ما حكاه المقدس الاردبيلي عن ظاهر التذكرة وستسمعه بتمامه وقضية كلامه ان الشهرة محققة عنده وقد اقتصر في التذكرة والتحرير والارشاد كالكتاب على قوله فيما ان يكون مملوكا للموكل ثم فرع فيها أنه لا يصح توكيله في طلاق زوجة سينكحها أو قد يكون ذلك قضية قوله في الشرائع لا يوكل المحرم في عقد النكاح ولا ابتياع الصيد ولا يصح نيابة المحرم فيما ليس للمحرم ان يفعله كابتياع الصيد وامساكه وعقد النكاح وقد لا يكون قضيته ذلك كما ستسمع ولو قضى به لمنع من توكيل الوكيل المأذون في التوكيل فيه حالته وقد خلت كتب الاصحاب في الباب من المقنعة الى الرياض عن التعرض لهذا الشرط الا ما عرفت والموجود في كلام الأصحاب اشتراط صحة تصرفه فيه لنفسه وصحة مباشرته له ونحو ذلك على اختلافهم في التعبير ثم تكرر في كلام المبسوط انه كل ما يملكه بنفسه وأنه ما يملك التصرف فيه لكنه لم يفرع عليه في التذكرة والتحرير والارشاد فقد يكون مراده حين التصرف فيه وحين الفعل لا حين العقد فليتامل وقد استشكل فيه أي في هذا الشرط المولى الاردبيلي وصاحب الكفاية وقد أطال في مجمع البرهان في بيان الاشكال وقد قال قبل ذلك ان ظاهر عبارة التذكرة ان مرادهم بكون التصرف مملوكا له ان المراد به ثبوت ذلك للموكل من وقت التوكيل الى وقت الفعل حيث قال يعني في التذكرة يشترط فيما تتعلق به الوكالة ان يكون مملوكا للموكل ﴿قوله﴾ ﴿فلو وكل غيره في طلاق زوجة سينكحها او اعتاق رقيق سيملكه او بيع ثوب سيشتريه او قضاء دين يستدينه وما اشبه ذلك لم يصح﴾ لان الموكل لا يتمكن من فعل ذلك بنفسه فلا ينتظم فيه اقامة غيره وهو اصح وجهي الشافعية والثاني انه صحيح و يكتفي بحصول الملك عند التصرف فانه المقصود من التوكيل وقال بعض الشافعية الخلاف عائد الى الاعتبار به حال التوكيل ام بحال التصرف ولو وكله في شراء عبد وعتقه اوفي تزويج امرأة وطلاقها او في استدانة دين وقضائه صح ذلك كله لان ذلك مملوك للموكل انتهى واليه نظر صاحب الرياض حيث قال ظاهر المحكي عن التذكرة اجماعنا عليه وما ادري من اين ظهر له الاجماع ثم انه في مجمع البرهان نقل كلام التذكرة مثل ما نقلناه وانما اختصره اختصارا لا يكاد يفهم منه المراد فليلحظ وخلاصة ما ذكره في مجمع البرهان في بيان الاشكال ان الظاهر انهم يجوزون التوكيل في الطلاق في طهر المواقعة والحيض و يجوزون التوكيل في تزويج امرأة وطلاقها والتطليق ثلاثا مع الرجعتين بينهما فانه لا يملك الرجعة الا بعد الطلاق (ومن المعلوم) ان عقد القراض مستلزم للبيوع المتعددة الواردة على المال مرة بعد اخرى وهو غير موجود حال العقد فهو صريح في منع هذا الشرط ويشكل على هذا الشرط الاكل والتصرف فيما اذا نجوز له التصدق واخراج الزكوة من ماله اذا صار البيدر ونحو ذلك الى غير ذلك مما ذكر ثم انه حكى عن المحقق الثاني انه فرق بين توكيله في طلاق امرأة سينكحها وتوكيله في تزويج امرأة وطلاقها بفرق غير حازم ولا كاف ولا واف في رفع جميع الاشكالات لانه قال أي في جامع المقاصد ليس يبعد ان يقال ان التوكيل في مثل ذلك جائز لانه وقع تابعا لغيره ونحوه ما لو وكله في شراء شاتين و بيع احدهما بخلاف ما لو وكله فيما لا يملكه استقلالا كما لو وكله في طلاق زوجة سينكحها فانه لا يصح والفرق بين وقوع الشيء اصلا وتابعا كثير لان التابع وقع مكملا بعد الحكم بصحة الوكالة واستكمال أركانها وقد وقع الايماء الى ذلك في التذكرة في

وكذا لو وكل المسلم ذميا في شراء خمر أو بيعه (متن)

تخصيصات الموكل (قلت) قال في التذكرة أما اذا جعله تابعا لاموال الموجودة في الحال فيجوز كما لو قال وقفت على من سيولد من اولادي فانه لا يجوز ولو قال على اولادي ومن سيولد جاز (وقال في مجمع البرهان) ان كلامهما يشعر بانه لا دليل لهما على ذلك وانه مجرد احتمال غير جازمين به (قلت) ظاهر التذكرة الجزم به وقد سمعت عبارتها (ثم قال في مجمع البرهان) على انه فرق غير واضح اذ كل الوكالة في شيء لا يتفع لوكالة شيء آخر على ان جعل غير الموجود تابعا للموجود مع فرض كون الموجود قليلا جدا غير مقصود بالذات وانما المقصود غيره تخلصا من الاشكال مع عدم الدليل بعيد جداً ثم انه غير نافع في دفع جميع الاشكالات كالتوكيل في الطلاق في طهر المواقعة والحيض بل وجواز القراض وعلى تقدير التسليم يكون كلامهم في هذا الشرط غير تام بل محتاج الى التقييد والتخصيص ومع ذلك يحتاج الى الدليل وليس هناك الا الاجماع الذي استظهره المحقق الثاني وهو غير واضح مع وجود ما يناقضه في كلامهم (قلت) وينبغي ان يقول ان ظهور الاجماع ليس باجماع فهو ليس بجازم به مع وهنه بعدم تعرض من تقدمه له الا ما لعله يظهر من الشرائع (ثم قال) وبالجملة ما نجد دليلا على هذا الشرط بل لو كان عليه دليل وكان على جواز التوكيل وقت الحيض دليل لوجب القول بالتخصيص وانا نجد قيام الدليل على خلافه وهو ان الاصل عدم اشتراط الملك حال التوكيل وعموم أدلة الوكالة مع وضوح الدليل على اشتراطه حال فعل الموكل فيه وهو ان الزوجية مثلا شرط الطلاق وليس عدم جواز توكيل المحرم في النكاح والصيد دليلا على اعتباره حال التوكيل لاحتمال كون ذلك لدليل خاص مثل انه استمتاع في الجملة او انه فيه نص صريح او انه مجمع عليه ولو لم يكن شيء منها لا ينبغي القول به (والحاصل) ان القول بغير دليل واضح مشكل وهذا الفرق يصلح طريقا للمنع في جواب المعترض المستدل (ثم قال) ان القول بانه شرط في وقت الفعل هو مقتضى الدليل ويخرج مثل ما اذا وكله في طلاق امرأة سينكحها باجماع او نحوه ان كان لكنه أيضا مشكل مع دعوى الاتفاق ظاهرا وعدم قول صريح بخلافه ويمكن اختيار انه شرط وقت التوكيل ويخرج عنه ما تقدم بالاجماع ونحوه ثم أمر بالتأمل وقال ان المسئلة من المشكلات (ونحن نقول) المستفاد من كلامهم انه يشترط فيما يصح التوكيل فيه ان يكون ممن تصح منه مباشرته والتصرف فيه لنفسه اويكون له عليه ولاية وله اليه سبيل وله به تعلق في الجملة بحيث لا لا يستنكر في عرف المتشرعة وقوع التوكيل منه فيه وهذا معنى قولهم مملوك له وقت العقد فيدخل في ذلك الموكل في طلاق حال الحيض وحال طهر المواقعة والمالك في القراض بالنسبة الى المال القارض عليه بل التبعية فيه ظاهرة والموكل في اخراج الزكوة والصدقة وقت الحصاد مثلا والموكل في الشراء والبيع مما وفي التزويج والطلاق معا بعد الرجعتين و بدونهما ويخرج عنه جزما ما اذا وكله في طلاق امرأة سينكحها وما كان مثله اذ لا تعلق له بذلك اصلا ويخرج عنه استنابة المحرم ونيابته فيما ليس للمحرم أن يفعله لمكان الاجماعات المستفيضة وهي تدل على انه لا تعلق له به اصلا أو انه له فيه استمتاع في الجملة اذ قد يتلذذ بالعقد على المرأة والصيد ولو للغير كما ورد في المثل السائر اذ ذكر العيش نصف العيش (قال الراجز)

هذا ثنائي حين جاش جيشي اذ كان ذكر العيش نصف العيش

فليلحظ ذلك وليتأمل فيه جيداً فان به تتم دعوى ظهور الاجماع وترتفع الاشكالات جميعا ويتضح الدليل اذ لا توكيل فيما ليس له فيه تصرف ليس له عليه سبيل ﴿ قوله ﴾ ﴿ وكذا لو وكل

أو المحرم محلا في ابتياع صيد أو عقد نكاح أو الكافر مسلما في شراء مسلم أو مصحف ولا يشترط استقرار الملك فلو وكل في شراء من ينعتق عليه صح ولو قال اشتر لي من مالك كر طعام لم يصح لانه لايجوز ان يشتري الانسان بماله ما يملكه غيره ولو قال اشتر لي في

المسلم ذميا في شراء خمر اويعه ﴾ اي لم يصح البيع والشراء كما في الخلاف والمبسوط والشرائع والتذكرة وغيرها وفي الاخير الاجماع عليه لان التصرف في الخمر ليس مملوكا للموكل حال العقد بل ليس مملوكا له بحال وعلله في المبسوط بان عقد الوكالة عقد عن الموكل فوجب ان لا يملك به لان المسلم لا يملك الخمر بلا خلاف ونحوه ما في الخلاف وعلله في المسالك بانه لا يكفي جواز تصرف أحدهما دون الآخر بل يشترط كونهما معا قادرين على ان يليا الفعل (قلت) وكذلك منع في بيع الخلاف والمبسوط ان يتوكل الكافر للمسلم في شراء عبد مسلم ولكن قد رده المصنف في التذكرة والتحرير ونهاية الاحكام بان الممنوع انما هو العكس وهو ما اذا وكل الكافر المسلم في شراء عبد مسلم وليس في محله كما تقدم بيانه في الموكل لكنهم قالوا فيما اذا عجز المكلف عن غسل الاعضاء أو مسحها في الطهارة المائية أو الترابية جاز له ان يستنيب من ليس له أهلية التوكل والتوكيل كالصبي والمجنون والساهي والغافل الا أن يقولوا كما في جامع المقاصد فيما يأتي انه ليس توكيلا حقيقيا لان المدار على نية العاجز فالغرض ايصال الماء الى العضو ناويا فيجزي الايصال باي وجه اتفق ﴿ قوله ﴾ ﴿ والمحرم محلا في ابتياع صيد أو عقد نكاح ﴾ قد تقدم الكلام فيه باعتبار حال الموكل وحال الوكيل واعاده باعتبار حال الموكل فيه ﴿ قوله ﴾ ﴿ والكافر مسلما في شراء مسلم أو مصحف ﴾ قد قالوا في باب البيع ان في حكم العبد المسلم المصحف وقد منع المصنف في بيع التذكرة والتحرير ونهاية الاحكام من توكيل الكافر المسلم في شراء عبد مسلم كما سمعت آنفا ﴿ قوله ﴾ ﴿ ولا يشترط استقرار الملك فلو وكل في شراء ماينعتق عليه صح ﴾ ووجهه واضح وقد ا تركه الجماعة اذ لا دخل لاستقرار الملك وعدمه فيما وكل فيه ﴿ قوله ﴾ ﴿ ولو قال اشتر لي من مالك كر طعام لم يصح لانه لايجوز ان يشتري الانسان بماله مايملكه غيره ﴾ كما صرح بذلك كله في التذكرة وجامع المقاصد لان المعاوضة تقتضي انتقال كل واحد من العوضين الى مالك العوض الآخر فكان كما لو قال الراهن للمرتهن بع الرهن لنفسك فانه لايصح اذ لا يتصور بيعه لنفسه (وفيه) ان القرائن هنا والعادة تدلان على انه من معاطاة القرض فيكون معناه انت وكيلي في ان تستقرض لي من نفسك مائة درهم وتقبض ذلك عني وتشتري لي بها كرا من طعام والعادة مستمرة على ذلك بل السوق مفعم بذلك يرسل الرجل الجليل الى صديقه من أهل السوق اشتر لي كذا وكذا واحسب علي كما نظروا الى القرائن والعادات في جواز استفادة التوكيل للوكيل بترفعه عما وكل فيه ولا ترى لجمودهم على ظاهر اللفظ هنا وفي الرهن وجها وجيها الا أن تقول ما جرت به العادة واستقام به السوق انما هو الشراء في ذمة الصديق كما في المسئلة الآتية (وفيه) انه لا باعث على ذلك مع ان اقباض الثمن من ماله من معاطاة القرض ثم ان الصحة فيما نحن فيه ظاهر الجامع أوصريحه بل هوصريحه وسيصرح المصنف في الكتاب في المطلب الخامس والتذكرة والتحرير انه ان اشترى بعين ماله للموكل وقف على اجازته وقضيته انه يقع للموكل مع الاجازة وان كان الدينار باقيا على ملك الوكيل وهو مناف لما هنا ﴿ قوله ﴾ ﴿ ولو قال اشتر لي في ذمتك

ذمتك واقبض الثمن عني من مالك صح ولو قال اشتر لي من الدين الذي لي عليك صح ويبرء بالتسليم الى البائع (الثاني) ان يكون قابلا للنيابة كانواع البيع والحوالة والضمان والشركة والقراض والجعالة والمساقاة والنكاح والطلاق والخلع والصلح والرهن وقبض الثمن والوكالة والعارية والاخذ بالشفعة والابراء والوديعة وقسمة الصدقات (متن)

واقبض الثمن عني من مالك صح ﴾ كما في التذكرة وجامع المقاصد (قال في التذكرة) لانه اذا اشترى في الذمة حصل الشراء للموكل والثمن عليه (قلت) لان الوكيل اذا اشترى في ذمته نا و يا انه للموكل جاز ويجوزان يؤدي الوكيل دين الموكل من ماله أي الوكيل فيرجع الاول بالاخرة الى انه اشترى في ذمة الموكل وضمنه للبائع في ذمته ومرجع الثاني الى معاطاة القرض وفيهما من الصعوبة ما لا يخفى والحال في المسئلة الاولى أسهل فليتأمل ﴿ قوله ﴾ ﴿ ولو قال اشتر لي من الدين الذي لي عليك صح ويبرء بالتسليم الى البائع ﴾ كما في التذكرة والتحرير والارشاد وجامع المقاصد لان تعيين الدين من مال بعينه أمر راجع الى المديون لانه مخير في جهات القضاء وانما يبرء بتسليمه الى البائع لان صاحب الدين انما يملكه بقبضه اياه أو مايقوم مقام قبضه وليس المديون وكيلا في القبض فاذا سلمه الى البائع عن الموكل تعين (وقال في جامع المقاصد) وهل يفرق بين أن يقع الشراء بالعين أو بالذمة يحتمل الفرق لانه في وقت الشراء لم يتعين المال المجعول ثمنا للموكل وانما هو باق على ملك المديون أعني الوكيل فلا يتصور وقوعه عوضا عما يشتريه للموكل ويحتمل العدم لانه قد تعين للموكل بالتعيين وان لم يتم الملك وبراءة المديون انما تكون مع تمام الملك وأما صحة البيع فيكفي فيها حصول أصل الملك قال وينبغي التأمل في هذا البحث لانه الآن لايحضرني سوى ماذكرته (قلت) يفهم من أمره في الشراء أنه وكيل له في القبض من نفسه وتقبيضه البائع ولامانع من كونه قابضا ومقبضا فان عينه أولا وقصد القبض له تعين بذلك وتم الملك وبرأ المديون ولا يحتاج في البراءة الى تسليم البائع وصح وقوعه عوضا عما يشتريه ولو تلف قبل تسليمه البائع كان من مال الموكل لا الوكيل وان لم يعينه أولا واشترى في ذمة الموكل حصل التعيين والبراءة بمجرد الاعطاء مع نية الاعطاء عن الموكل أو بمجرد الاعطاء ﴿ قوله ﴾ ﴿ الثاني أن يكون قابلا للنيابة كانواع البيع ﴾ جواز التوكيل في البيع قد طفحت به عباراتهم من المبسوط الى الرياض في الباب وغيره بل كاد يكون ضروريا وقال في جامع المقاصد لاخلاف في جواز التوكيل في البيع ايجابا وقبولا وفي جميع أنواعه كالسلم والصرف والمرابحة وغيرها وفي توابعه من القبض والاقباض والفسخ بالخيار بانواعه والاخذ بالشفعة واسقاطها ﴿ قوله ﴾ ﴿ والحوالة والضمان والشركة والقراض والجعالة والمساقاة ﴾ قد صرح بجواز التوكيل في عقود هذه الابواب الستة في فقه القرآن والتذكرة والتحرير وجامع المقاصد ولم تذكر الجعالة في المبسوط والسرائر وذكرت فيهما الخمسة الباقية ولم يذكر في الشرائع الا الثلاثة الاول ولعله ادخل المزارعة في المساقاة وقد صرح بها في التذكرة والتحرير والوجه في ذلك وفيما يأتي ان بعض الناس قد يترفع عن مباشرة هذه الامور وقد لايحسنها وقد لا يتفرغ لها لاشتغاله بالعبادة أو العلم أو التدريس أو أمور اخر وقد يكون مأمورا بالتخدر وعدم الخروج فلا يجوز له التردد في المزارع والاسواق ونحو ذلك ﴿ قوله ﴾ ﴿ والنكاح والطلاق والخلع والصلح والرهن وقبض الثمن والوكالة والعارية والاخذ بالشفعة والابراء والوديعة وقسم الصدقات ﴾ قد صرح فيما عدا الابراء بجواز التوكيل

واستيفاء القصاص والحدود مطلقاً في حضور المستحق وغيبته وقبض الديات والجهاد على وجه

فيا ذكر وهي أحد عشر قسما في المبسوط وفقه القرآن والسرائر والشرائع والتذكرة والتحرير وجامع المقاصد وقد صرح بجواز التوكيل في الابراء في الشرائع والتذكرة والتحرير وجامع المقاصد ومعناه أنه يصح التوكيل في عقد النكاح وايقاع الطلاق والخلع بطرفيه وقد صرح جماعة بجواز التوكيل في الرجعة منهم المصنف والشيخ وابن ادريس وأنه يصح في عقد الصلح والرهن وقبض المرهون وقبض الثمن في البيع كالمبيع وكذا العوض في الصلح وغيره وانه يصح التوكيل في الوكالة بان يوكل شخصا في أن يوكل آخر كما مر وانه يصح في العارية بالنسبة الى العقد واستيفاء المنافع مع الاذن وأنه يصح في الابراء والهبة وعقد الوديعة وقبضها باذن المالك وانه يجوز توكيل الامام في قبض الصدقات وفي قسمتها على الفقراء وتوكيل المالك في دفعها الى مستحقها (وليعلم) انه يصح توكيل الفقير في قبض الزكوة والخمس بان يقول الفقير وكلتك في قبض مايدفعه المالك الي من زكوته وخمس ماله ولا يستلزم ذلك استحقاق المطالبة بل اذا اختار المالك الدفع الى ذلك الفقير جاز الدفع الى وكيله وهو خيرة الشيخ والمصنف في التذكرة والتحرير والمختلف والشهيد والمحقق الثاني ومنع من ذلك القاضي وابن ادريس وتوقف المقداد وابو العباس (حجة الجواز) الاصل وأنه عمل مباح تدخله النيابة لانه يجب الدفع للامام والساعي فكانا كالوكيلين ولا يستلزم ذلك استحقاق المطالبة كما صورناه وهذا حديث اجمالي

﴿ قوله ﴾ ﴿ واستيفاء القصاص ﴾ أي يصح التوكيل في استيفاء القصاص سواء كان في النفس أو الطرف كما صرحت به عباراتهم في باب القصاص من دون توقف وقد صرح بصحته في المبسوط والفقه الراوندي والسرائر وجامع الشرائع وغيرها في حضور المستحق اجماعا كما في التذكرة وفيها وفي المبسوط وفقه الراوندي أنه يصح في غيبته عندنا وظاهر الثلاثة الاجماع عليه ايضا لكن الموجود في نسخة صحيحة من نسخ فقه الراوندي ما نصه القصاص يصح في اثباته التوكيل ولا يصح في استيفائه بحضرة الولي ويصح في غيبته عندنا وهو غريب وللشافعية وجه بالمنع في غيبته لاحتمال العفو ولأنه ربما يرق قلبه حال حضوره فيعفو ولعظم خطر الدم (وقال في المبسوط) انه لا خلاف في جواز التوكيل في اثبات حد القصاص ﴿ قوله ﴾ ﴿ والحدود مطلقا في حضور المستحق وغيبته ﴾ يريد أنه يجوز التوكيل في استيفاء الحدود سواء كانت حقا لله سبحانه أو حقا للناس وهو المراد بالاطلاق ولا نجد في ذلك خلافا الا في الشافعية لمثل ما تقدم في القصاص وأما الخلاف في التوكيل في اثبات حدود الله سبحانه وتعالى كما يأتي لان النبي صلى الله عليه وآله وائمة الهدى صلوات الله عليهم لم يكونوا يقيمون الحدود بانفسهم وانما كانوا يستنيبون غيرهم في اقامتها ﴿ قوله ﴾ ﴿ وقبض الديات ﴾ كما صرحت به العبارات وقضت به قواعد الباب ﴿ قوله ﴾ ﴿ والجهاد على وجه ﴾ حيث لا يتعين كما في الشرائع والتذكرة وجامع المقاصد والتحرير والمختلف لكنه ليس في الاخيرين التقييد المذكور في العبارة لكنه مراد جزما لانه يتعين عليه اذا عينه الامام عليه السلام لشدة بلائه أو لجودة رأيه ووفور عقله أو دهم المسلمين عدو يخاف منه وتوقف الدفع عليه وهو المحكي عن القاضي لان الغرض حراسة المسلمين وحفظ عمود الدين وليس الغرض متعلقا بعين فيوكل من وجب عليه من لم يجب عليه وقال الشيخ والراوندي في المبسوط وفقه القرآن واما الجهاد فلا تصح النيابة فيه بحال لان كل من حضر الصف توجه فرض القتال اليه

واثبات حدود الادميين لا حدوده تعالى وعقد السبق والرمي والكتابة والعتق والتدبير (متن)

وكيلا كان أو موكلا وقال في الاول وقد روي أنه تدخله النيابة وقال في الثاني روى اصحابنا وقال في (التنقيح) بعد ان جعل المسئلة خلافية بين الشيخ والقاضي والعلامة قوى بعض الفضلاء كلام الشيخ لانه مع الحضور يصير فرض عين فلا تدخله النيابة قال وحمل الرواية على الاجارة وقال وهو حسن ولعله اشار ببعض الفضلاء الى قوله في السرائر ان كل من حضر الصف توجه فرض القتال عليه وكيلا كان أم موكلا واما ان لم يحضر الصف ولا حرج عليه في الخروج فانه يجوز له ان يستنيب ويستأجر من يجاهد عنه على مارواه اصحابنا انتهى والخبر هو مارواه عبدالله بن جعفر في قرب الاسناد عن السندي بن محمد عن ابي البختري عن جعفر بن محمد عن أبيه عليهما السلام ان عليا عليه السلام سئل عن اجعال الغزو فقال لا بأس به ان يغزو الرجل عن الرجل و يأخذ منه الجعل والسندي بن محمد ثقة وابو البختري سعيد بن فيروز قيل أنه من خواص امير المؤمنين عليه السلام وقد وثق في رجال العامة وقالوا فيه تشيع قليل وروى الشيخ بسند معتبر فيه محمد بن عيسى ابو احمد ويشهد لقول الشيخ ان الشهيد قال ان جواز الاستئجار للجهاد خرج بالاجماع وقد قالوا انما يجوز الاستئجار للجهاد اذا علم أو ظن قيام من فيه كفاية مقامه أو كان المؤجر ممن لا يجب عليه والذي يظهر لي ان الشيخ هنا لا يظهر منه الخلاف وان نسبوه اليه لان قوله ان من حضر الصف توجه الفرض اليه لا اظن ان أحداً يخالفه فيه حتى لو علم أو ظن ان من في الصف فيه الكفاية ومراد الجماعة بصحة النيابة في الجهاد ان الرجل ان يخرج غيره باجرة أو غيرها في الجهاد والشيخ لا يخالفهم في ذلك وهو معنى مافي السرائر وقد صرح بما ذكرناه من دون تفاوت اصلا في التذكرة في رد كلام الشافعي ان من حضر الصف توجه الفرض اليه فنسبة الخلاف اليه في المختلف ومتابعة الجماعة له في ذلك لم تصادف محلها ولعلهم احذوه من قول الشيخ كالشافعي لا تصح النيابة فيه بحال وذلك لا يدل على ذلك لانهما فسرا ذلك بقولهما لان كل من حضر الى آخره وتمام الكلام في باب المكاسب وباب الاجارة ﴿ قوله ﴾ (واثبات حدود الآدميين لا حدوده تعالى) كما في المبسوط وفقه القرآن والسرائر والشرائع والتحرير وكذا الخلاف قال في (المبسوط) فاما حدود الله تعالى فلا يصح التوكيل في تثبيتها اجماعا لان الله تعالى غير مطالب بها ولا مسبب في المطالبة بها لانه أمر بسترها وتغطيتها ووجهه في السرائر بان الدعوى فيها غير مسموعة واجاب عنه في المختلف بامكان استتباع حقوق غير الحد كالمهر والارش وغيرهما فسخ النكاح انتهى فتأمل (ونحن نقول) انهم ان أرادوا انه لا يصح للامام ذلك ففيه منع ظاهر وقد روى أن النبي صلى الله عليه وآله قال اغد يا انس الى امرأة هذا فاذا اعترفت فارجمها فغدا أنس عليها فاعترفت فامر بها فرجمت وهو يدل على انه لم يكن قد ثبت عنده وقد وكله في اثباته ولهذا اختار الصحة في التذكرة وان ارادوا انه لا يصح لاحد من المكلفين ان يوكل به غيره فلا يكاد يكون له معنى صحيح لان ذلك الغير الذي يراد توكيله ان علم بالحال فاثباته حق له بالاصالة حسبة لاستواء المكلفين بذلك وان لم يعلم به فحد الله تعالى أوسع من ان يتولى الدعوى به واثباته أو حكايته من لا يعلم كونه حقا الا ان تقول هذا ما عناه الشيخ والجماعة ومرادهم غير الامام عليه السلام أو مطلقا لان كان الخبر عاميا ولا خلاف (خالف خل) قبل التذكرة ﴿ قوله ﴾ (وعقد السبق والرمي والكتابة والعتق والتدبير) أي يجوز التوكيل في عقد السبق والرمي وعقد الكتابة ايجابا

والدعوى واثبات الحجة والحقوق والخصومة وان لم يرض الخصم وسائر العقود والفسوخ والضابط كل مالاغرض للشارع فيه في التخصيص بالمباشرة من فاعل معين اما مالا تدخله النيابة فلا يصح التوكيل فيه وهو كل ما تعلق غرض الشارع بايقاعه من المكلف به مباشرة كالطهارة مع القدرة وان جازت النيابة في تغسيل الاعضاء مع العجز والصلوة الواجبة مادام حياً وكذا الصوم والاعتكاف والحج الواجب مع القدرة والنذر واليمين والعهد والمعاصي كالسرقة

وقبولا وفي ايقاع العتق والتدبير كما صرح بذلك جم ﴿ قوله ﴾ ﴿ والدعوى واثبات الحجة والحقوق والخصومة وان لم يرض الخصم ﴾ أي يجوز التوكيل في الدعوى على الغير ولا يفتقر الى علمه بكون المدعى به حقا لأنه نائب مناب الموكل في انشاء الدعوى فكأنه حاك لقوله وفي اثبات الحجة أي بيانها وايضاحها عند الحاكم كاحضار الشاهدين واستشهادهما وعدد الشياع وفي اثبات الحقوق ماليه كالدين أو غيرها كالخيار والتحجير والاختصاص باولوية مكان في المسجد أو حجرة في المدرسة ونحو ذلك وفي الخصومة سواء رضي الخصم أولا وسواء كان الموكل المدعي أو المدعى عليه وليس للآخر الامتناع لان كل احد لا يكمل للمخاصمة والمطالبة وفي (المختلف) أنه المشهور ثم حكى عن أبي علي أنه منع من توكيل الحاضر في الخصومة الا برضا الخصم وعن بعض العامة أنه اعتبر العذر كالمرض والتحذير وبعضهم جوز مع سفاهة الخصم وخبث لسانه ﴿ قوله ﴾ ﴿ وسائر العقود والفسوخ ﴾ أي يجوز في سائر العقود كالوقف والهبة والسكنى والعمرى والرقبى والوصية والأجارة والاقالة ايجابا وقبولا وكذا يجوز في جميع الفسوخ المترتبة على الخيارات وكذا في الحجر والاحياء عند بعض والقبض بغير خلاف فيه وليعلم ان كل ما تدخله النيابة وهو على الفور لا يصح التوكيل فيه اذا نافى الفور نبه عليه في التذكرة وجامع المقاصد ﴿ قوله ﴾ ﴿ والضابط كل مالاغرض للشارع فيه في التخصيص بالمباشرة من فاعل معين ﴾ كما نبه على هذا الضابط في المبسوط وفقه الراوندي والوسيلة والسرائر وبه أو بنحوه صرح في الشرائع والنافع والتذكرة والتحرير والارشاد واللمعة والروضة ومجمع البرهان وغيرها وفي (التنقيح) أنه حسن لا يختل بشيء وقال جماعة أنه لا يستفاد الا من التتبع والاستقراء منهم المحقق الثاني والشهيد الثاني في المسالك والروضة والمقدس الاردبيلي (قال في مجمع البرهان) أنه يعلم بالنص الصريح وما يفهم من ظاهره مثل العبادات قلت لان الغرض منها الانقياد والتذلل بفعل المأمور به الا أنه ورد النص بجواز التولية في الطهارة مع الكبر والحج الواجب كذلك والمندوب مطلقا ثم قال الظاهر من الخطاب التكليفي البدني المباشرة بنفسه حتى يعلم جواز النيابة بدليل واما غيره مثل المعاملات ولهذا ورد النص بالجواز ويؤيده صدق العقود والايقاعات بخلاف النذور والنصب والايلاء والظهار ثم قال والحاصل أنه قد يعلم بالتأمل وبالنص وان لم يعلم فلا يجوز وينبغي التأمل في كل مادة بخصوصها ﴿ تنبيه ﴾ قال في جامع الشرائع يجب ذكر الموكل في النكاح والخلع والصلح عن الدم ولا يلزم ذكره في الباقي ﴿ قوله ﴾ ﴿ اما ما لا تدخله فلا يصح التوكيل فيه وهو كل ما تعلق غرض الشرع بايقاعه من المكلف به مباشرة كالطهارة وان جازت النيابة في غسل الاعضاء مع العجز والصلوة الواجبة مادام حيا وكذا الصوم والاعتكاف والحج الواجب مع القدرة والنذر واليمين والعهد والمعاصي كالسرقة

والغصب والقتل بل احكامها تلزم متعاطيها والقسم بين الزوجات لانه يتضمن استمتاعا والظهار واللعان وقضاء العدة وفي التوكيل باثبات اليد على المباحات كالالتقاط والاصطياد والاحتشاش والاحتطاب نظر (متن)

والغصب والقتل بل احكامها تتعلق بمتعاطيها والقسم بين الزوجات لانه يتضمن استمتاعا والظهار واللعان والايلاء وقضاء العدة) اما الضابط فقد عرفت من صرح به أو بمثله ومن نبه عليه واما الاقسام المذكورة فقد صرح بها كلها في الشرائع والتذكرة والتحرير وجامع المقاصد عدا الايلاء فانه لم يصرح به في بعضها وقد ذكر في المبسوط وفقه الراوندي والسرائر ماذكر في الكتاب الاماقل وبعضه في اللمعة والروضة وبالجملة لااجد في ذلك مخالفا ولا مترددا ولنعد الى مافي الكتاب فقوله كالطهارة وان جازت النيابة في غسل الاعضاء يريد به أنه ليس له الاستنابة فيما اجمع حتى النية بل يجب ان يتولى هو النية وقد تقدم ان مثل هذا لايعد توكيلا حقيقيا ومن ثم يقع ممن لايجوز توكيله وقد اطبقوا كما هو ظاهر جامع المقاصد على عدم جواز الاستنابة في الصلوة الواجبة مادام حيا الاركعتي الطواف وفي ظاهر التذكرة الاجماع على الجواز اذا مات وقد تقدم في باب الصلوة نقل الاجماعات واحترز بالواجبة عن المندوبة فانها تصح النيابة فيها في الجملة كصلوة الطواف المندوب أو في الحج المندوب وان وجب وصلوة الزيارة وقد جوز الشهيد في حواشيه الاستئجار على الصلوات المندوبة (وقال في الروضة) في جواز الاستنابة في مطلق النوافل وجه وفي (المسالك) فيه نظر واطلاق كلامهم في الصوم يقضي بأنه لايفرق فيه بين الواجب والمندوب في عدم جواز الاستنابة فيه عن الحي ومثله الاعتكاف لاشتراطه بالصوم ويجوز الاستنابة في الصوم بعد الموت تبرعا وبالاذن وبعوض ومجانا وان لم يكن وليا وكذا الاعتكاف لعموم قوله صلى الله عليه وآله فدين الله حق ان يقضى ومن الفنو التوكيل في النذر والعهد واليمين والظهار على أنه زور وبهتان وكذا اللعان لانه يمين واشهاده وكذا الايلاء (وقال في جامع المقاصد) أنه لايجوز التوكيل في رد السلام لانه متعلق بمن سلم عليه انتهى فتأمل نعم التوكيل فيه مؤد الى فوات الفورية وقال وهل يصح التوكيل في السلام فيعد سلاما شرعيا حتى يجب رد جوابه فيه نظر ينشاء من اطلاق قوله تعالى فاذا حييتم ومن حمله على المعهود (قلت) تحميل السلام الى الغائب معهود متعارف بين الناس وقد لهجت به الشعراء الاقدمون والمخضرمون والاسلاميون فيكون متعارفا في عصره صلى الله عليه وآله بل لايبعد ذلك فيما يكتب في صدور الرسائل لمكان تعارف ذلك قديما وحديثا وقد روى في الكافي عن ابن محبوب عن عبد الله بن سنان عن أبي عبد الله عليه السلام قال رد جواب الكتاب واجب كوجوب رد السلام والبادي بالسلام أولى بالله ورسوله صلى الله عليه وآله وتمام الكلام في باب الصلوة وزاد في التذكرة أنه لاتصح النيابة في الاستيلاد لانه متعلق بالوطىء والوطؤ مختص بالفاعل وهو من بيان البديهيات كقوله لاتصح النيابة في الرضاع والميراث والاشربة ويأتي الكلام في التوكيل بالاقرار والشهادة والالتقاط والاحتشاش والاحتطاب ولا يخفى ما في العبارة من عطف المعاصي على الطهارة ويحتمل عطفه على كل ﴿ قوله ﴾ (وفي التوكيل في اثبات اليد على المباحات كالالتقاط والاصطياد والاحتشاش والاحتطاب نظر) واشكال كما في التذكرة والتحرير والارشاد ولا ترجيح أيضا في الايضاح والمهذب البارع ومنع من التوكيل في الجميع في الجامع والشرائع وجوزه في الجميع

ولا يصح التوكيل في الشهادة الا على وجه الشهادة على الشهادة ولا في كل محرم وفي التوكيل على الاقرار اشكال (متن)

ومنع منه في الالتقاط في المبسوط وفقه القرآن والسرائر وجوزه في الاولين في احياء الموات ومنع منه في الاخيرا عني السرائر في الاصطياد وفي بعض نسخ المبسوط في آخر كلامه المنع من التوكيل في الاحياء ولم أجد ذلك في النسخة الأخرى (وقال في المختلف) في الباب قوى الشيخ المنع من التوكيل في الاحتطاب والاحتشاش وسوغ التوكيل في أحياء الموات وتبعه ابن ادريس وفي الجمع بين الحكمين نظر انتهى وقد حكي في الايضاح والتنقيح جميع مافي المختلف والموجود فيما عندنا من نسخ الكتابين في الباب ماحكيناه والا فقد تقدم لنا في باب الشركة وباب اللقطة وأحياء الموات نقل الاقوال من جميع الكتب والابواب وبيان الحال وكشف الاشكال فليقف عليه من اراده خصوصا باب الشركة وليس لذلك كله في النهاية والخلاف عين ولا أثر ﴿ قوله ﴾ ﴿ ولا يصح التوكيل في الشهادة الا على وجه الشهادة على الشهادة ﴾ كما في فقه القرآن والسرائر والشرائع والتذكرة وجامع المقاصد والمسالك وكذا التحرير وظاهر السرائر الاجماع على كونها حينئذ شهادة على الشهادة قال فيكون شهادة على الشهادة عندنا انتهى وذلك لان الشهادة على الشهادة ليست توكيلا في الشهادة بل شهادة بكون فلان اشهده على شهادته وان فلانا شهد عند الحاكم أو ان فلانا شهد بكذا بسبب كذا لوالذي يمكن فرضه هنا انما هو الاول والاخير بالالفاظ المخصوصة فليتأمل نعم فيه نوع مشابهة وبسبب هذه المشابهة يكون الاستثناء متصلا والا فهو منقطع ﴿ قوله ﴾ ﴿ ولا في كل محرم ﴾ هذا يغني عنه قوله فيما تقدم والمعاصي كالسرقة الى آخره ﴿ قوله ﴾ ﴿ وفي التوكيل على الاقرار اشكال ﴾ كما في التذكرة والارشاد والكفاية وكذا التحرير والتنقيح وايضاح النافع حيث لاترجيح فيها ومنع من جوازه وصححه في جامع الشرائع والايضاح وشرح الارشاد لولده والمهذب البارع وجامع المقاصد وجوزه الشيخ في الخلاف والمبسوط وأبو المكارم في الغنية والمصنف في التذكرة والمقدس الاردبيلي في مجمع البرهان وفي (غاية المراد) أنه قوي وقد وقع في المقنعة والمراسم والكافي والنهاية والوسيلة والغنية والنافع أنه ان عم الوكالة صحت سائر الاشياء الا الاقرار بما يوجب حدا وهو يعطي باطلاقه جواز التوكيل في الاقرار الا ما أوجب حدا وسنبين الحال في ذلك مفصلا عند تعرض المصنف له لان عبارات هذه الكتب مختلفة في الجملة لكن ظهور عبارة المراسم والكافي والوسيلة والغنية في التوكيل في الاقرار في غير الحد مما لايكاد ينكر وستسمع هذه العبارات برمتها وقد وقع في التنقيح والرياض في شرح عبارة النافع خلل كثير ووهم كبير يأتي بيانه عند شرح قوله ولو قال وكلتك على كل قليل وكثير وجه المنع ان الاقرار اخبار عن حق للغير في ذمة المقر واقرار الغير على ان في ذمة زيد مثلا شيئا لغيره اخبار وشهادة عليه ولا يلزم الغير خبر الغير الا على وجه الشهادة وأن الاصل براءة الذمة ولم يعلم كون ذلك اقرار مثبتا في الذمة شيئا (وفيه) أن الاقرار قد لا يكون مشغلا للذمة كأن يقول له حاسب عاملي على القراض وأقبض مابقي من الحساب وأقر عني بوصول حقي الي منه وهذا لا يتجه فيه شيء من دليلي المنع ووجه الصحة ان فعل الوكيل فعل الموكل والاخبار بالحق اخبار عنه ولأنه قول يلزم به الحق فاشبه الشراء وسائر التصرفات فهو كالبيع وأنه يجوز املال الولي عن غير المستطيع للاملال كذا

فان ابطلناه ففي جعله مقرا بنفس التوكيل نظر (متن)

قال في غاية المراد ونحوه مافي التذكرة والايضاح وجامع المقاصد (ويرد على الاول) أنه دور اذالشأن في كونه وكيلا (وعلى الثاني) انه قياس على اتفق عمل الدعوى أيضا (وعلى الثالث) ان الظاهر من الولي غير الوكيل والاقرار اخبار واملال الولي ليس أخبارا وقد وجه في جامع المقاصد كون الاملال ليس اخبار بان المولى عليه لو انكر بعد زوال المقتضي لم يؤاخذ به ولم يتضح لنا هذا التوجيه بل كاد لا يكون له وجه فالاولى الاستدلال عليه بعموم ادلة الوكالة وان الظاهر انه يقبل النيابة له وصورة ذلك ان يقول وكلتك لتقر عني لفلان او أقر عني لفلان كما في التذكرة وهذا يشمل ما اذا قال وكلتك على ان تحاسب عاملي او شريكي وتقر عني بوصول حقي الي أو وكلتك في ان تقر عن لساني ان لزيد علي الفا ولا ريب ان معنى ذلك (أنه قال) لازم الدعتي لزيد فاخبره عني فاقرارك بمنزلة اقراري وان كانت عبارة التوكيل انشاء اذ لا معنى لقوله وكلتك في ان تقول في ذمتي لزيد كذا الا ان ذلك حق فاذا اخبرت بما في ذمتي ولانسلم أنه يشترط في المقر ان يكون الحق في ذمته فالظاهر ان هذا التوكيل اقرار (قال في التذكرة وكذا التحرير) فان قلنا بصحة التوكيل ينبغي أن يبين الموكل جنس المقر به وقدره ولو قال اقر عني بشيء لفلان طولب الموكل بالتفسير وفي (التحرير) أنه يجبر على التفسير ومعنى كلامه في الكتابين أنه على تقدير صحة التوكيل يكون هذا التوكيل اقرارا لان سبب كونه صحيحا أنه قد تضمن خبرا واخبارا بحق لازم له فيؤخذ به (قولك) الاقرار أخبار والتوكيل انشاء فلا يكون اقرارا (قلنا) التوكيل في الاقرار يستلزم الخبر والاخبار بشيء يلزم الموكل ان كان معينا فمعين وان كان مطلقا فمطلق ويجبر على التفسير وأصل البراءة منقطع بالدليل وهو صدور التوكيل فلا يبقى للاشكال في احد الطرفين مجال وقد نبه على ذلك كله مولانا الاردبيلي (وفيه) انا وان سلمنا أنه يتضمن اقرار لكنا نقول أنه ليس من التوكيل في شيء اصلا لانه اذا ابرزه عند الحاكم فانما يقول اقر بأن لزيد في ذمة عمرو كذا وهو يخالف قواعد الاقرار بل يكاد يلحق بالكلام الذي لا وجه (لا معنى خ ل) له الا أن تقول انه لا بد هنا من ذكر الموكل فيقول أقر وكالة او نيابة عن عمرو بان لزيد في ذمته كذا فليتأمل

﴿ قوله ﴾ (فان ابطلناه ففي جعله مقرا بنفس التوكيل نظر) هذا عين قوله في التحرير قال معناه ففي كونه اقرارا من الموكل نظر ولا ترجيح أيضا في التذكرة على تقدير عدم صحة التوكيل وقد نص في المبسوط على ان من قال بصحة التوكيل قال بأنه اقرار يلزم الموكل وان من قال لا يصح توكيله اختلفوا فمنهم من قال يكون توكيله واذنه في الاقرار اقرارا منه ومنهم من قال ان ذلك لا يكون اقرارا منه وقد حكى عنه في الايضاح ساكتا عليه فقد اتفقت هذه الكتب الاربعة بل الخمسة على ان النظر والخلاف في أنه يصير مقرا بذلك ام لا انما هو على تقدير البطلان والظاهر منها أنه على تقدير الصحة يتعين كونه اقرارا كما هو صريح بعضها كما سمعت فلا وجه لقوله في جامع المقاصد أنه لا يخفى ان عبارة المصنف لا تخلو عن مناقشة لان تفريع كونه مقرا بنفس التوكيل على القول بالبطلان غير ظاهر بل ذلك آت على تقدير البطلان والصحة فكان حقه أن يقول وفي كونه مقرا بنفس التوكيل نظر كما صنع في الارشاد لما بيناه على أنه ليس في عبارة الكتاب ما يدل على ان احتمال كونه مقرا بنفس التوكيل متفرع على القول بالبطلان بل انما فرع النظر في ذلك على ذلك فقد يكون لانه لا احتمال لكونه اقرارا على تقدير

(الثالث) ان يكون معلوما نوعا ما من العلم لينتفي عظم الغرر فلو وكله في شراء عبد افتقر الى وصفه لينتفي الغرر (متن)

الصحة كما لعله يفهم من جامع المقاصد أو ليتبين كونه اقرارا فلا يحتمل العدم وقد يكون مراده الاشارة الى الخلاف اذ لا خلاف الا بين القائلين بالبطلان كما ظهر من المبسوط والايضاح ثم ان كلامه في جامع المقاصد يدل على أنه في الارشاد قال فيه نظر كالكتاب وليس كذلك بل جزم بعدم كونه اقرارا و يحتمل أن يكون نفى ذلك في الارشاد على القول بالبطلان فلو قيد به كما في الكتاب وغيره لكان أولى فكانت عبارة الكتاب اظهر وأوفق من عبارة الارشاد عكس ماقال (وليعلم) انه في الارشاد استشكل أولا في صحة التوكيل وعدمه ثم جزم بعدم كونه اقراراً فيكون مراده انه لما لم تثبت صحة الوكالة جزمنا بعدم كونه اقرارا وهذا غير ما لحظه في عبارة الكتاب وقد يكون أراد في الارشاد الاشارة الى جريان الاحتمالين على تقديري الصحة والبطلان وان كان الخلاف انما هو على تقدير البطلان (وكيف كان) فما اختير فيه أنه لا يكون اقرارا جامع الشرائع والايضاح وشرح الارشاد لولده والمهذب البارع وجامع المقاصد والتنقيح والكفاية ولا ترجيح في غاية المراد وايضاح النافع وقد عرفت ان خيرة الخمسة الاول المنع من صحة التوكيل فيتجه عليه عندهم اختيار عدم كونه اقرارا وقد عرفت انهما في التنقيح والكفاية كالارشاد ترددوا في صحة التوكيل وانه في غاية المراد قال انه قوي ولم يرجح هنا والذي يظهر لمن نظر وتدبر انه اقرار سواء قلنا بصحة التوكيل وعدمه واستوضح ذلك فيما اذا قال له وكلتك بان تقر عني باني بعت كتابي لزيد بمائة واشتريت فرسه الدهماء بخمسين واني قد استقرضت منه عشرين دينارا ورهنته كذا فانه ان لم يكن غرضه بذلك ان ذلك حق له عندي ولازم لمني كان كذبا وحملا على الكذب أو كان ملحقا بالهذيان وأهل العرف لا يرتابون في ذلك لان هذه الامور اما ان تكون ثابتة في الواقع اولا والثاني باطل لاستلزامه اما الكذب الصريح وحمل المسلم على الكذب ولا سيما اذا كان عالما بان ذلك ليس باقرار وأما الهذيان وهما ممنوعان فيتعين الاول وهو انه اخبر عن الواقع وأوهن شيء استدلالهم على عدم كونه اقرارا بان التوكيل في البيع لا يكون بيعا وفي الابراء لا يكون ابراء وبان الامر بالامر ليس امرا وبأن رضاه بالشهادة عليه لا يكون اقرارا بالحق لان التوكيل في البيع لا يتضمن البيع اذ لا بد في تحققه من العقد ولا كذلك التوكيل في الاقرار اذ التوكيل فيه كاف في تحققه ونظيره ما اذا باعه بشرط أن يكون وكيله في كذا فانه لا يحتاج بعد ذلك الى انشاء عقد الوكالة اذ هذا العقد كاف في تحقق الوكالة ونظير ما مثلوه به ما اذا باعه كتابه بشرط ان يبيعه فرسه والامر بالامر امر اذا كان المأمور مبلغا وحاكيا وناقلا وليس بأمر فيما عدا ذلك بوجوه منها عدم انطباق تعريف الامر عليه لا لقوله صلى الله عليه وآله وسلم مروهم بالصلاة وهم أبناء سبع والوكيل هنا حاك وناقل فيما اذا قال أقر نيابة عن زيد ووكالة عنه ونظير ما نحن فيه ما اذا قال ان تشهد لك فلان بما تدعيه علي فهو صادق لان بعض ما ذكر في توجيه انه اقرار جار فيما نحن فيه وليس نظيره ما اذا قال اذا تشهد لك فقد رضيت به فليلحظ ما ذكروه في الفرق في باب الاقرار ﴿ قوله ﴾ ﴿ الثالث ان يكون معلوماً نوعا من العلم لينتفي عظم الغرر ﴾ كما صرح بذلك في التنقيح والرياض بل بالغ في الاخير فقال يشترط أن يكون معلوما فلا تصح على المبهم والمجهول بلا خلاف فيما اعلم انتهى وستعلم ان المعظم جوزوها على المبهم وانما

ويكفي لو قال عبدا تركيا وان لم يستقص في الوصف ولو اطلق فالاقرب الجواز ولو قال وكلتك على كل قليل وكثير لم يجز لتطرق الغرر وعدم الامن من الضرر (متن)

المخالف الشيخ في المبسوط ولقد تتبعت كتب الاصحاب فلم أجد من اشترطه غير من عرفت ثم انه في الكتاب سيقرب جواز الاطلاق والتوكيل على المبهم على ان اشتراط هذا الشرط (يقضي ظ) بفساد باب القراض كما ستعرف ثم قال في جامع المقاصد لا خلاف في انه لا يشترط أن يكون معلوما من جميع الوجوه التي تتفاوت باعتبارها الرغبات فان الوكالة عقد شرع للارتفاق ودفع الحاجة فيناسبه المسامحة وهو كلام التذكرة غير انه لم ينف فيها الخلاف ثم قالا لكن يجب ان يكون معلوما مبينا من بعض الوجوه حتى لا يعظم الغرر ولا فرق في ذلك بين الوكالة العامة والخاصة ثم انه في التذكرة بعد مسئلتين او ثلاث قوى كون متعلقها المطلق المبهم (وقال في جامع المقاصد) أنه لا يخلو عن قوة فلم يجزما بهذا الشرط بل لا ينبغي التأمل في ذلك لان العامل في القراض وكيل أو كالوكيل بل هو وكيل أمره صاحب المال بشراء شيء مبهم موكول اختياره الى نظره ثم ان الحاجة قد تدعو الى شراء عبد مطلق مبهم على اي نوع ووصف كان فيكون في شرائه كذلك مصلحة للموكل ولا مصلحة في الخصوصية ثم ان علمه بنوع من العلم بحيث لا يعظم الغرر متعسر جدا بل لا يكاد ينضبط عرفا فليتأمل جيدا ﴿ قوله ﴾ (ويكفي لو قال عبدا تركيا وان لم يستقص في الوصف) اجماعا كما في التحرير قال لو قال تركيا جاز اجماعا (وقال في التذكرة) لا يشترط استقصاء الاوصاف التي تضبط بالسلم وما يقرب منها اجماعا (وقال في المبسوط) ان عين له نوعا مثل ان يقول تركي او زنجي فان سمى له ثمنا جاز وان اطلق ذلك ففيه وجهان أحدهما لا يجوز وهو الاحوط وهذا يقضي بمخالفة هذين الاجماعين وقد يقال انا لا نسلم أنه ينتفي بذلك معظم الغرر لتفاوت الكثير بين افراد التركي (وقال في التذكرة) وهل يفتقر مع ذلك الى تعيين الثمن أيضا الاقرب عندنا عدمه وظاهره الاجماع وهو خلاف ما سمعته عن المبسوط فتأمل ﴿ قوله ﴾ (ولو اطلق فالاقرب الجواز) كما في التذكرة والايضاح والتحرير والارشاد ومجمع البرهان مع الجزم به فيما عدا الاولين لعموم الادلة وانتفاء الغرر كما بيناه فيما مر وفي (جامع المقاصد) أنه لا يخلو عن قوة (قلت) قد قالوا في باب القراض الوكيل في شراء عبد مطلق لو اشترى أبا الموكل احتمل الصحة وعدمها وقضية كلامهم أنه لا ريب في صحة التوكيل في ذلك حيث يتنازعون في شيء آخر كما بيناه مفصلا وأشرنا هناك الى ما هنا (وقال في المبسوط) يصح ذلك لان فيه غررا ولانه كلما صح التوكيل فيه صح مباشرته بالفعل اجماعا ويلزمه بعكس النقيض كل ما لا تصح مباشرته بالفعل لا يصح التوكيل فيه وشراء المجهول لا تصح مباشرته فلا يصح التوكيل فيه (وفيه) ان الوكيل يعينه عند الشراء فلم يباشر شراء مجهول والموكل لم يوكله في شراء عبد مجهول بل وكله مطلقا في شراء عبد يعينه الوكيل كما هو ظاهر واحتمل الشهيد التفصيل فيما حكي عنه بما اذا كان المقصود من العبد التجارة فلا يفتقر الى الوصف لان الغرض هو الاسترباح وان كان هو الخدمة افتقر (وفيه) ان الاسترباح يتفاوت تفاوتا بينا بتفاوت الاعيان الا ان يدعى زوال معظم الغرر فتدبر ﴿ قوله ﴾ (ولو قال وكلتك على كل قليل وكثير لم يجز لتطرق الغرر وعدم الامن من التضرر) كما نص على ذلك في الخلاف والمبسوط وكذا الفخر في الايضاح لانه نص على البطلان فيما اذا قال وكلتك فيما الي من قليل وكثير كما يأتي ذكره في كلام

وقيل يجوز وينضبط التصرف بالمصلحة (متن)

المصنف (قال في المبسوط) اذا وكل رجلا في كل قليل وكثير لم يصح لان في ذلك غرراً عظيما لانه ربما لزمه بالعقود مالا يمكنه الوفاء به فربما ادى ذلك الى ذهاب ماله من ذلك ان يزوجه باربع ويطلقهن عليه قبل الدخول فيغرم لكل واحدة منهن نصف مهرها ثم يزوجه باربع أخر وعلى هذا الى أن قال الى غير ذلك من انواع التصرف لانه اطلق له ذلك فيتناول جميع مايضره وينفعه وكانه مال اليه في الشرائع أو قال له بل قد نسب اليه جماعة القول به وقواه في التذكرة لانه فرق كالكتاب كما ستسمع بين ما اذا وكله في كل قليل وكثير من دون أن يضيف ذلك الى نفسه كما هو المفروض في كلام الخلاف والمبسوط وبين ما اذا اضافه الى نفسه فحكم بالبطلان في الاول والصحة في الثاني قال اذا قال وكلتك في كل قليل وكثير فان لم يضفه الى نفسه فالاقوى البطلان لانه لفظ مبهم بالنيابة ولو ذكر الاضافة الى نفسه فقال وكلتك في كل أمر هو اليّ أوفي كل أموري أو في كل مايتعلق بي أوجميع حقوقي أو بكل قليل وكثير من أموري أو فوضت اليك جميع الاشياء التي تتعلق بي أو أنت وكيلي مطلقا تتصرف في مالي كيف شئت أو فصل الامور المتعلقة به التي تجري فيها النيابة فقال وكلتك في بيع املاكي وتطليق زوجاتي واعتاق عبيدي أو لم يفصل على ماتقدم أو قال وكلتك في كل أمر هو اليّ مما يناب فيه ولم يفصل اجناس التصرفات أو قال أقمتك مقام نفسي في كل شيء أووكلتك في كل تصرف يجوز لي أو في مالي التصرف فيه فالوجه عندي الصحة في الجميع وبه قال ابن ابي ليلى انتهى وقد حكى في التذكرة عن الشيخ ان الوكالة لاتصح في هذه كلها وان اضافها الى نفسه وكلامه في الكتابين لايدل على ذلك ولعله فهمه من قوله في الخلاف اذا وكل رجلا في كل قليل وكثير لم يصح ذلك وبه قال جميع الفقهاء الا ابن ابي ليلى فانه قال يصح ذلك انتهى وقد سمعت ان ابن ابي ليلى صحح جميع ما صححه في التذكرة والشيخ خالفه في الخلاف أو فهمه من ان التوكيل انما يكون فيما يملكه الموكل اذ لا يعقد توكيله فيما لايملكه فظاهر اللفظ في الكتابين وان كان مطلقا الا ان التوكيل وقرينة المقام يقيدان ذلك اذ كل قليل وكثير لاتعلق له بالموكل بوجه من الوجوه أصلا كيف يعقل التوكيل فيه لكنه يتقدح من ذلك انه يكون فرقه في التذكرة غير واضح ولعله اراد بالفرق والاضافة الى النفس اخراج ما اذا زوجه باربع وطلقهن وهكذا فليتأمل لانه سيتضح لك انه لامعنى لهذا الفرق أصلا وان القوم لم يصلوا الى مراد الشيخ وقد احتج على صحة ذلك في التذكرة بانه لفظ عام فصح فيما تناوله كما لو قال بع مالي كله وبانه لو فصل وذكر جميع الجزئيات المندرجة تحت اللفظ العام صح التوكيل فكذلك يصح في الاجمال ثم ذكر احتجاج المانع بالغرر ودفعه بانه ينضبط باعتبار المصلحة (وفيه) ان الجهالة لاترتفع والغرر لايندفع في متعلق هذه الوكالات المتعلقة بالامور المنتشرة التي تخفى فيها المصلحة جدا فلا بد من التزام ان الغرر غير مانع من صحة هذه الوكالات ولا سبيل الى القول ببطلانها لمكان الغرر لانه يقضي بالقول ببطلانها فيما اذا وكله في جميع الجزئيات المندرجة تحت اللفظ العام مفصله لان تفصيلها لايرفع الغرر فليتأمل جيداً وليتدبر لانك ستعرف تحرير كلام الشيخ ﴿قوله﴾ (وقيل يجوز وينضبط التصرف بالمصلحة) كما في التذكرة كما عرفت والارشاد وشرحه للولده والايضاح والتنقيح وجامع المقاصد والمسالك ومجمع البرهان وكذا التحرير والكفاية وفي (المسالك) انه مذهب الاكثر وهو ظاهر الباقين أوصريحهم

ففي (المقنعة والمراسم والكافي والنهاية وفقه الراوندي والوسيلة والغنية وجامع الشرائع والنافع وكشف الرموز والمختلف) وكذا السرائر فيما حكي عنها وكذا ايضاح النافع ان اطلاق الوكالة يقتضي تسيها في جميع الاشياء الا ما يوجبه الاقرار من الحدود والايمان كما في المقنعة والنهاية وفقه الراوندي الا ما يوجب حدا كما في الكافي والغنية مع زيادة التأديب في الغنية ونحوها والوسيلة ومرادهم بالاطلاق هنا التعميم كما فهمه منهم في المختلف ونسبه فيه الى المشهور وقال في موضع من المقنعة والنهاية وان شرط كونها عامة قام الوكيل مقامه على العموم وكما تعطيه عبارة المراسم قال والمطلقة يقوم الوكيل فيها مقام الموكل على العموم ونحوه قوله في الكافي فان اطلق عمت الوكالة سائر الاشياء الا الاقرار بما يوجب حداً ونحوهما غيرهما كما صرح به في النافع حيث قال ولو عمم الوكالة صح الا ما يقتضيه الاقرار وقد احتجوا عليه بالاصل المستفاد من عموم الادلة وانتفاء الغرر واندفاع الضرر بمراعاة المصلحة في فعل الوكيل وقد رد ذلك المحقق في الشرائع بانه بعيد عن موضع الغرض ومعناه ان المفروض انه جعله كنفسه وكيلا في كل شيء فما صح له أن يفعله بنفسه صح له ان يفعله وما يمتنع له لكونه سفيها أو عبثا ونحو ذلك يمتنع منه فيدخل فيه تطليق نسائه وهبة جميع املاكه ونحو ذلك مما له ان يفعله بنفسه وان اوجب الضرر والتقييد خروج عن الكلية (وأجيب) بما حاصله بان ذلك ليس بخارج عن الغرض والكلية لان القيد معتبر وان لم يصرح بهذا العموم حتى لو خصص بفرد واحد قيد بالمصلحة فكيف بمثل هذا العام المنتشر الذي كثيرا ما تخفى فيه المصلحة فرجع المصلحة الى نظر الوكيل يفعل ما ظهر فيه المصلحة وما اشتبهت فيه المصلحة يتركه ولانه لو فصل ذلك فقال وكلتك في عتق عبيدي وتطليق زوجاتي و بيع املاكي صح قولا واحدا لان كل واحد منها منضبط برعاية المصلحة على ما اعترفوا به وذلك مشترك بين الامرين وانت تعلم ان الظاهر ان نظر المحقق ادق وان المصنف ومن وافقه لم يحرروا كلام الشيخ لان هناك مصلحتين مصلحة في نفس البيع مثلا ومصلحة في كيفية فاذا وكله مثلا في بيع كتابه فالواجب على الوكيل أن يبيعه نقدا لا نسيئة بثمن المثل بنقد البلد فاذا فعل ذلك فقد راعى مصلحته وليس عليه ان يقول له لا مصلحة لك في بيعه لانه مسلط على ماله فاذا وكله في كل قليل وكثير فقد جعله كنفسه في البيع في التطليق والعتق ونحو ذلك مما يباشره الموكل بنفسه سواء كان له أي للموكل في ذلك مصلحة أم لم يكن فللوكيل أن يتولى ذلك كذلك أي مع المصلحة وبدونها لكنه اذا باع الوكيل أو أطلق أو اعتق أو زوجه وجب عليه مراعاة المصلحة في كيفية البيع من كونه نقدا وبثمن المثل وبنقد البلد وفي كيفية الطلاق والتزويج وفي كيفية العتق وقصد الثواب وهكذا قال فلنا حينئذ ان الوكيل أن يتولى البيع والتزويج مثلا لان للموكل مصلحة فيهما وليس له ان يطلق نساءه ويعتق عبيده لانه لا مصلحة له فيهما كان خروجا عن الغرض وبعيدا عن الكلية فالشيخ في الكتابين والمحقق في الشرائع يمنعان من صحة ذلك لما فيه من الغرر العظيم لانه يتناول جميع ما ينفعه ويضره والمفيد والشيخ والقدماء يجوزون ذلك وان تناول ما يضره الا فيما يوجبه الاقرار من حد كما في الكافي وغيره أو تأديب وتعزير كما زيد ذلك في الوسيلة والغنية وغيرهما أو ايمان كما زيد ذلك في المقنعة والنهاية وفقه القرآن أو يجوزون ذلك من دون استثناء كما في المراسم كما تقدم بيان ذلك كله وقد حكى في المختلف عن النهاية أنه استثنى النذور أيضا ولم نجد ذلك في نسختين منها ولم يحكه غيره عنها وليس هذا منا اختيارا لمذهب الشيخ لان الظاهر عندنا خلافه وانما هو تحقيق المقام (وبقي هناك شيء) وهو انه وقع في النهاية أنه من وكل غيره في الخصومة عنه والمطالبة والمحاكمة والبيع

والشراء وجميع أنواع مايتصرف فيه بنفسه فقبل الموكل عنه وضمن القيام فقد صار وكيله يجب له مايجب لموكله ويجب عليه مايجب على موكله الا مايقتضيه الاقرار من الحدود والاداب والايمان ونحوه مافي المقنعة وفقه القرآن فان كان الاستثناء في كلامهم من الاخير كما فهمه كاشف الرموز صار التقدير يجب عليه ما يجب على موكله الا الحدود فانها تختص بالمتكلم لا بالمقر وقضى ذلك بصحة التوكيل في الاقرار حتى في الحدود وان قلنا أنه استثناء من قولهم يجب له مايجب لموكله اذ معناه يصح له مايصح لموكله كان معناه انه يصح له أن يتوكل في الاقرار عنه في غير الثلاثة ويرشد الى ذلك عبارة المراسم والكافي والوسيلة والغنية (قال في الكافي) كما سمعت آنفا فان أطلق عمت الوكالة سائر الاشياء الا الاقرار بما اوجب حدا وهذا هو الذي نبهنا عليه فيما سلف وسيأتي للمصنف ان ليس التوكيل في الخصومة اذنا في الاقرار وقد ادعى في التذكرة الاجماع على ذلك وهو ينافي مايظهر من النهاية وغيرها وقد قال في الرياض في شرح عبارة النافع وقد سمعتها في صدر المسئلة اذ لم يخص التوكيل وجه كما اذا قال في كل قليل أو كثير صح وحكاه عن النهاية والمفيد والحلي والقاضي والديلمي الى آخر ماقال الى ان قال فمضي تصرفات الوكيل خاصا كان أم عاما من وجه ام مطلقا مع المصلحة الا ما يقتضيه الاقرار بمال أو مااوجب حدا أو تعزيرا فلا وكالة وفاقا للاكثر كالشيخين والتقي وابن حمزة وابن زهرة والقداد اما لانه لاتدخله النيابة لاختصاص حكمه بالمتكلم اذا أنبأ عن نفسه أولانه خلاف المصلحة المشترطة في تسبيع الوكالة هذا كله اذا لم يصرح له بالاقرار اما مع التصريح به فقال الشيخ في الخلاف يصح اقراره الى آخر ماقال وحكى بعض ماحكيناه في المسئلة فيما تقدم فنسبة ذلك الى الشيخين والتقي وابن حمزة وابن زهرة وهم صرف لانك قد سمعت عبارات هؤلاء ولاتعرض في واحدة منها لذكر المال اصلا وقد عول في النقل عن الشيخين وفي الدليلين وفي التفصيل على كلام التنقيح لانه أخذه في هذه الامور الثلاثة برمته وكلام التنقيح غير منقح ولامحرر وفيه مواضع للنظر لمن امعن فيه النظر ولحظ ماحررناه ثم ما الدليلان قد استدلا على عدم جريان التوكيل في الاقرار اذا عم بغير ما استدلا به على عدم جريانه فيه اذا صرح له بالتوكيل فيه ولولا خوف الاطالة لبينا ذلك كله وفي ماذكرناه بلاغ ومقنع فيما اردناه من التحذير عن الاعتماد على ماذكر من نقل ودليل وتفصيل (لكن بقي شيء آخر) في كلاميهما يجب التنبيه عليه وهو انه قال في الرياض ولو عمم الوكالة صح اذا خصها من وجه مال أوغيره بلا خلاف في الظاهر وبه صرح في التنقيح انتهى (وفيه) مع سوء التعبير ان من جملة مااذا خصها من وجه ما اذا قال بع مالي كله واقبض ديوني كلها وقد قالوا انه يجيء على قول الشيخ في الكتابين عدم الصحة نص عليه المحقق الثاني كما ستسمع ومن جملته ما اذا قال بع ما شئت من مالي واقبض ما شئت من ديوني فانه يجيء على قول الشيخ عدم الصحة كما نص عليه المحقق الثاني ومن جملته ما اذا قال بع شيئا من مالي واقبض شيئا من ديوني فانه نص في التذكرة وجامع المقاصد على عدم الصحة وهو داخل في معقد نفي الخلاف في كلامه جزما ومن جملته ما اذا قال وكلتك في كل معاملاتي المالية او كل مالي المعاملة به فانه يجيء على قول الشيخ في الكتابين عدم الصحة بل قد تأمل الشيخ في المبسوط فيما اذا قال له اشتر لي عبدا تركيا ولم يسم له ثمنه ومنع من الصحة فيما اذا قال اشتر لي عبدا وهذا أخص مما اذا خصها بوجه مال او غيره وقد اعتمد حرسه الله تعالى في ذلك على كلام التنقيح أيضا قال تعيين ما فيه الوكالة اما بحسب الشخص او بحسب الصنف أو بحسب النوع ولا خلاف في

ولو قال وكلتك بما اليّ من تطليق زوجاتي وعتق عبيدي وبيع املاكي جاز ولو قال بما اليّ من قليل وكثير فاشكال ولو قال بع مالي كله واقبض ديوني كلها جاز وكذا بع ماشئت من مالي واقبض ماشئت من ديوني ولو قال اشتر عبداً بمائة أو اشتر عبداً تركياً فالاقرب الجواز والتوكيل بالابراء يستدعي علم الموكل بالمبلغ المبرء عنه (متن)

صحة هذه الثلاثة ولكنه أخص مما اداخصها بوجه فكلام التنقيح أقرب في الجملة الى الصواب لانه جعل ذلك في الرياض في مقابلة ما اذا خصه بوجه قال بعد ما حكيناه عنه بلا فاصلة وكذا اذا لم يخصه بوجه كما اذا وكله في كل قليل وكثير مما له فعله على الاقوى ﴿ قوله ﴾ ﴿ولو قال وكلتك بما اليّ من تطليق زوجاتي وعتق عبيدي وبيع املاكي جاز﴾ لاندفاع الغرر بالتفصيل وبه صرح في جامع المقاصد وهو قضية كلام المبسوط والشرائع كما ستسمع وقد سمعت ما في التذكرة ﴿ قوله ﴾ ﴿ فلو قال بما اليّ من قليل وكثير فاشكال﴾ يعرف مما تقدم من الغرر ومن اندفاعه بالتقييد بالمصلحة وقد صرح في الايضاح هنا بالبطلان كما حكينا عنه آنفاً وقد فرق المصنف هنا كالتذكرة لكنه هنا استشكل وفي (التذكرة) قال ان الوجه الصحة كما سمعت وظاهر جماعة عدم الفرق وفي (جامع المقاصد) في الفرق تردد ﴿ قوله ﴾ ﴿ ولو قال بع مالي كله واقبض ديوني كلها جاز﴾ اجماعا نصا في الاول في التحرير وظاهرا فيه في الثاني وبالصحة في الامرين صرح في التذكرة وجامع المقاصد وقال في الاخير انه يجيء على قول الشيخ في المبسوط عدم الصحة (قلت) قال في المبسوط اذا وكله في بيع جميع ما يملكه صح لان ما يملكه محصور (وقال في الشرائع) لو وكله على كل ما يملكه صح (وكيف كان) فلا فرق في الجواز بين ان تكون أمواله وديونه معلومة وقت التوكيل اولا للتقييد بالمصلحة ومنع بعض الشافعية من صحة التوكيل في بيع ماله للجهالة ﴿ قوله ﴾ ﴿وكذا بع ما شئت من مالي واقبض ما شئت من ديوني﴾ في التذكرة وجامع المقاصد ولا فرق بين أن يكون الاموال والديون معلومة وقت التوكيل أم لا كما تقدم (وقال في التذكرة) لو قال وكلتك في بيع شيء من مالي أو قطعة أو طائفة منه أو قبض شيء من ديوني ولم يعين فالاقوى البطلان واختاره في جامع المقاصد ﴿قوله﴾ ﴿ولو قال اشتر عبدا بمائة أو عبدا تركيا فالاقرب الجواز﴾ قد تقدم له في الكتاب الجزم بالجواز فيما اذا قال عبدا تركيا وفي (التذكرة والتحرير) الاجماع عليه فلا معنى لقوله هنا الاقرب كما قرب الجواز في الكتاب وجزم به في التذكرة والتحرير والارشاد فيما اذا قال اشتر عبدا فلا وجه لاعادته وقد حكي في في جامع المقاصد عن الشيخ في المبسوط عدم جواز التوكيل في شراء عبد تركي أو زنجي من دون أن يسمي ثمنا والموجود في المبسوط كما سمعته فيما سلف أنه ان سمى ثمنا جاز وان اطلق فيه وجهان الجواز وعدمه وان العدم أحوط فتامل ثم انا وجدنا في بعض نسخ جامع المقاصد واحتاط الشيخ الى آخره ﴿ قوله ﴾ ﴿ والتوكيل بالابراء يستدعي علم الموكل بالمبلغ المبرء منه(عنه خل)﴾ ونحو ذلك ما في التذكرة قال اذا وكله في الابراء من الحق الذي له على زيد صح فان عرف الموكل مبلغ الدين كفى ولم يجب اعلام الوكيل قدر الدين وجنسه وظاهره موافقة الكتاب لكنه قال بعد ذلك ولو قال وكلتك في أن تبرأه من الدين الذي لي عليه ولم يعلم الموكل قدره ولا الوكيل صح ايضا عندنا وهذا هو الذي يقتضيه النظر في جامع المقاصد وينزل كلامه هنا على ان الموكل لم يقصد ابراءه من كل ما في ذمته قليلا أو

ولو قال ابرءه من كل قليل وكثير جاز ولا يشترط علم الوكيل ولا علم من عليه الحق ولو قال بع بما باع به فلان سلعته استدعى علم الوكيل بالمبلغ او الموكل ولو وكله بمخاصمة غرمائه جاز وان لم يبينهم ﴿الفصل الثاني﴾ في احكامها و مطالبه خمسة (الاول) في مقتضيات التوكيل اطلاق الاذن في البيع يقتضي البيع بثمن المثل حالا بنقد البلد (متن)

كثيرا فيشترط علمه حينئذ بالقدر ليصح الابراء لا علم الوكيل اما لو قصد ابراءه مطلقا فهو بمنزلة ما لو وكله في ابرائه من قليل وكثير وأما علم من عليه الحق فليس بشرط أصلا وحكى عن بعضهم في التذكرة اشتراطه بناء على ان الابراء تمليك فلا بد من علمه كما لا بد من علم المتهب بما يتهبه منه والظاهر انه محض اسقاط ﴿ قوله ﴾ (ولو قال ابرأه من كل قليل أوكثير جاز ولا يشترط علم الوكيل ولا علم من عليه الحق) لأنه لا مانع منه وليس علم أحدهما بشرط ولو وكله في الابراء من شيء واطلق فانه يحمل على اقل ما يتمول لأنه المتيقن بالاسقاط ولو قال ابرأه مما شئت او شاء فالوجه الصحة و يرجع الى مشيئته او مشيئة الغريم ولو وكله في ابراء ضمن الحق الذي عليه صح كما نص على الجميع في التذكرة ﴿ قوله ﴾ (ولو قال بع بما باع به فلان سلعته استدعى علم الوكيل بالمبلغ أو الموكل) ظاهره أنه لا بد في صحة الوكالة من علم أحدهما لمكان الغرر (وأورد عليه في جامع المقاصد) ان علم الوكيل من دون علم الموكل لا يندفع به الغرر فان كان مانعا اشترط علم الموكل وان لم يكن مانعا لم يشترط علم واحد منهما لكن يجب على الوكيل الاستعلام قبل البيع واعتماد المصلحة (قلت) اذا علم الموكل فلا بد من أن يعلم الوكيل حتى يصح البيع فرجع كلام المصنف الى انه لا بد من علم الوكيل في صحتها و به يندفع الغرر عن الموكل لانه لا بد له من اعتماد المصلحة والعلم بالمبلغ قبل البيع لتعلق العهدة به فلا يشترط في صحة الوكالة ولا البيع علم الموكل وقد يرجع اليه كلام التذكرة وان كان ظاهرها خلافه (قال في التذكرة) في المثال الشرط في صحة البيع علم الوكيل لان العهدة تتعلق به فلا بد أن يكون على بصيرة من الامر ولو كان الموكل جاهلا بما باع به فلان فرسه لم يضر وظاهره انه لا يشترط في صحة الوكالة علم واحد منهما وانما اشترط في صحة البيع علم الوكيل (وعساك تقول) لكن عبارة الكتاب قد اراد بها ما في التذكرة فيكون علم أحدهما شرطا في صحة البيع (لانا نقول) لا يكفي في ذلك علم الموكل وحده بل لا بد من علم الوكيل لانه المتولي للبيع وعهدته فلا بد ان يكون على بصيرة منه على انه خلاف الظاهر لان الكلام في احكام الوكالة لا البيع وقد يكون المراد من كلام التذكرة ما أرجعنا اليه كلام الكتاب من أنه لا يشترط علم الموكل في صحة الوكالة ولا البيع وانما يشترط فيهما علم الوكيل فليتأمل و يثبت العلم بما باع به فلان سلعته بالبينة وهل يثبت بقول فلان البائع او المشتري او الدلال الظاهر الاكتفاء في مثل ذلك بذلك وتوقف فيه في جامع المقاصد وقال لا اعلم فيه تصريحا ﴿ قوله ﴾ (ولو وكله بمخاصمة غرمائه جاز وان لم يبينهم) كما في التذكرة وجامع المقاصد عملا بمقتضى العموم وفي قول للشافعية لا يجوز حتى يبين من يخاصمه لاختلاف العقوبة (وقال في المبسوط) انه لو وكله في ابرائهم لم يدخل كما اذا وكله في حبسهم ومخاصمتهم قال وكذا اذا وكله في تفرقة ثلثه في الفقراء ﴿ قوله ﴾ (الفصل الثاني في احكامها ومطالبه خمسة (الاول) في مقتضيات التوكيل اطلاق الاذن في البيع يقتضي البيع بثمن المثل حالا بنقد البلد) قد صرح باقتضاء الاطلاق الثلاثة في الخلاف والغنية والسرائر وجامع

الا ما يتغابن الناس بمثله وليس له ان يبيع بدونه أو بدون ما قدره ان عين ولو حضر من يزيد على ثمن المثل فالاقرب انه لا يجوز بيعه بثمن المثل ولو حضر في مدة الخيار ففي وجوب

الشرائع والتذكرة والتحرير والارشاد واللمعة والروضة ومجمع البرهان والكفاية وكذا المبسوط وفي (التذكرة) لا يملك الوكيل غير ذلك اجماعا وفي (جامع المقاصد) انه لا خلاف في هذا الحكم أي ان ذلك حكم الاطلاق وقد صرح في الخلاف والمبسوط والغنية والسرائر انه لو خالف ذلك كان البيع باطلا وفي غيرها (غيرها خ ل) أنه يقع فضوليا يتوقف على الاجازة ولعله المراد من غير الخلاف والمبسوط والاصل في ذلك انه يجب حمل اللفظ على الغالب المتعارف المعهود لانه هو المتبادر منه ولان البيع بدون ثمن المثل تخسير وكذا التأجيل وتغيير البلد ومن ثم يحمل اطلاق عقد البيع على الحلول والنقد الغالب المتعارف وحكي في جامع الشرائع القول بالجواز في ذلك الاطلاق ولعله اراد ما سنسمعه عن الشيخ ﴿ قوله ﴾ (الا ما يتغابن الناس بمثله) قد ترك هذا الاستثناء في الخلاف والغنية والسرائر والتحرير والارشاد واللمعة لكن الظاهر من جامع المقاصد أنه لا خلاف فيه ولعله لان نقصان الدرهم في مائة مما يتسامح به في العادة والعرف بل يعد عندهم عرفا من ثمن المثل اذ لا يمكن التحرز عنه الا بكمال المشقة ولعل نظر الخلاف وما وافقه ان كان في ترك الاستثناء خلاف كما هو الظاهر ان الناس تتفاوت في ذلك تفاوتا كثيرا وان كان المتروك يسيرا فان كان الوكيل يعلم ان الموكل من الاعم الاغلب الذين يتسامحون بذلك والا فلا يصح الا ان تقول يجوز للوكيل ذلك مع الجهل بحاله بناء على الاعم الاغلب الا اذا علم بأنه لا يتسامح بذلك ﴿ قوله ﴾ (فليس له ان يبيع بدونه) كما هو قضية كلام الجميع لانه غير مأذون فيه فان فعل كان باطلا او موقوفا كما تقدم فان سلم العين كان عاديا وحكي في التحرير عن الشيخ القول بانه يمضي البيع ويضمن الوكيل التفاوت ولم يعلم مراده من التفاوت اتفاوت بين ما باعه به وبين ثمن المثل أو بين ما يتغابن الناس به وبين ما لا يتغابنون به ولعل الاول أولى لانه لم يأذن له فاشبه الغاصب وهو احدى الروايتين عن احمد وفي (الكفاية) انه لو لم يوجد الا المشتري باقل من ثمن المثل وعلم اضطرار الموكل الى البيع لم يبعد جواز البيع بالاقل انتهى فتأمل وهذا كله اذا علم بالغبن الفاحش بمعنى انه باع بدون ثمن المثل اما اذا جهل ذلك بعد الفحص أو بدونه لان المفروض ان الوكيل تام البصيرة بمراد الموكل ففيه وجهان يأتي بيانهما في آخر المطلب الثالث ﴿ قوله ﴾ (او بدون ما قدره ان عين) لانه تصرف في مال الغير بغير اذن ﴿ قوله ﴾ (ولو حضر من يزيد على ثمن المثل فالاقرب انه لا يجوز بيعه بثمن المثل) هذا هو الاصح كما في الايضاح وجامع المقاصد وبه جزم في التذكرة والتحرير والروضة ومجمع البرهان وكذا الكفاية لانه يجب عليه رعاية المصلحة بل صحة بيعه موقوفة عليها ومن المعلوم عدم المصلحة في ذلك ووجه الجواز اطلاق الاصحاب ان اطلاق الوكالة يقتضي البيع بثمن المثل (وفيه) ان ذلك حيث لا يوجد من يشتري بالزائد جريا على العادة والغالب ومنه يعلم أنه يمكن ان يقال لا يجوز له البيع بما عين اذا وجد باذل الزائد خلافا للروضة لان الظاهر انه انما عين لظنه عدم الزيادة اذ من المتعارف المعلوم ان الانسان لا يبيع بالنقصان مع وجود الزائد كما هو خيرة مجمع البرهان نعم اذا كان الزائد ممن لا اعتماد عليه أو كان في ماله شبهة أو كان ممن تكره معاملته أو نحو ذلك فلا التفات اليه ﴿ قوله ﴾ (ولو حضر في مدة الخيار ففي وجوب الفسخ اشكال) والاقرب أنه

الفسخ اشكال وله ان يبيع على ولده وان كان صغيرا على رأي لا على نفسه الا ان يأذن الموكل فله أن يتولى الطرفين (متن)

يجب كما في التذكرة وهو الاصح كما في الايضاح لانه يجب عليه مراعاة الاصلح وبه جزم في جامع المقاصد والروضة ومجمع البرهان ان تناولت وكالته له لمكان اشتراط تصرفه بالغبطة ولا غبطة في عدم الفسخ حينئذ ولان البيع بالزيادة مع تحققها واجب ولا يتم الا بالفسخ وفي (التحرير) ان الوجه أنه لا يجب الفسخ ولعله لوقوع البيع على الوجه المعتبر والفسخ حينئذ تكسب لا يجب على الوكيل وأنه قد امتثل مايجب عليه والاصل براءة ذمته من وجوب الفسخ فلا يصح الاستناد الى الغبطة ولا الى باب المقدمة ويدفعهما ان الواجب على الوكيل البيع بالزيادة مهما امكنه ذلك عادة وهو ممكن فيجب عليه فعل ما وجب عليه ولعله يقضي بعدم اشتراط تناول الوكالة لذلك كما في الكتب الثلاثة فليتأمل جيداً (و ق هناشي ـ) وهو أنه لو أطلق الوكالة أو قيدها بالاطلاق كأن قال له أنت وكيل مطلق فهل له أن يسقط خياره أم لا وهل له أن يجعل على نفسه خيارا للمشتري ان كان وكيلا في البيع وبالعكس (قال في المبسوط) وهل يملك الوكيل باطلاق الوكالة الخيار قيل فيه وجهان احدهما أنه يملك والثاني أنه يملك لنفسه دون المشتري لانه لاحظ لموكله في شرط الخيار للمشتري وهذا أولى انتهى وفي (التحرير) أنه أقوى وجزم في التذكرة بأنه ليس له شرط الخيار للبائع اذا وكله في الشراء وأنه ليس له شرطه للمشتري اذا أمره بالبيع ولم أجد من تعرض لحال اسقاطه خياره في الباب ولعله لما تقدم لهم في باب الخيار من أنه ليس للوكيل ذلك الا أن يكون وليا أو وصيا أو وكيلا في ذلك أيضا وقضيته ان الاطلاق لا يتناوله وان قلنا بتناوله له كان خارجا عنه والمخصص له أنه لاحظ فيه له والواجب عليه مراعاة الحظ والمصلحة فليلحظ وليتأمل فيه ﴿ قوله ﴾ ﴿ وله ان يبيع على ولده وان كان صغيرا على رأي ﴾ هو المشهور كما في الايضاح ومجمع البرهان والاشهر كما في الكفاية والمجمع عليه كما في ظاهر التذكرة حيث قال عندنا وقد جزم بالحكم في الارشاد والايضاح وجامع المقاصد ومجمع البرهان والكفاية كما تقدم الكلام في ذلك في الوكيل قريبا وباب البيع (وقال في المبسوط) لا يجوز لانه يكون في ذلك البيع قابلا موجبا تلحقه التهمة وحكاه في التحرير عن قطب الدين الكيدري ﴿ قوله ﴾ ﴿ لا على نفسه الا ان يأذن الموكل فله أن يتولى الطرفين ﴾ هنا مقامان (الاول) اذا أطلق الموكل الاذن فقال بع هذا المال مثلا من دون انضمام شيء آخر اليه ولم يفهم منه الاذن في البيع على نفسه ولا عدمه فهل يكفي هذا الاطلاق في جواز بيعه من نفسه أم لا (الثاني) أنه مع اذنه له هل يصح العقد أم لا للزوم كونه موجبا قابلا مع التهمة وعدم المماكسة وهذا قد أسبغنا الكلام فيه في أوائل باب البيع وحكينا هناك المنع من صحة العقد عن أبي علي وعن النهاية والخلاف والمبسوط والسرائر وحكينا عن غاية المراد أنه نسبه الى كثير من أصحابنا وحكينا الجواز عن موضع من النهاية وموضعين من المبسوط احدهما قوله في هذا الباب أنه الصحيح وقلنا أنه يظهر من ثلاثة مواضع من التذكرة ودعوى الاجماع عليه منها قوله في الباب عندنا وحكينا عن التحرير أنه قال انه المروي وحكيناه هناك عن وكالة الكتاب والارشاد واللمعة والروضة ومجمع البرهان والكفاية وقلنا ان الظاهر اطباق المتأخرين عليه كالمحقق والمصنف وولده والشهيدين والمحقق الثاني وغيرهم كما ستسمعه في المقام الثاني وفي (مجمع البرهان) أنه المشهور وقلنا

واطلاق الاذن في الشراء يقتضي ابتياع الصحيح دون المعيب بثمن المثل بنقد البلد حالا لامن نفسه (متن)

أنه لازم لابي الصلاح واستوفينا عليه الادلة وقد مضى لنا قريبا في الركن الثالث الوكيل الاستدلال على ذلك أيضا محرراً وبيان حال أدلة المخالف في ذلك واما المقام الاول فقد قلنا في أوائل البيع أن قضية كلام الكتاب فيه أنه لايدخل في الاطلاق وقلنا أنه صريحه في باب الوكالة وأنه صريح المبسوط والارشاد وكذا الخلاف وقلنا أنه قال في وكالة التذكرة أنه المشهور وقلنا انه نسب في مجمع البرهان وكذا الكفاية الي ظاهر أكثر المتأخرين عدا المصنف في المختلف والتذكرة فانه اجازه من دون اعلام وقلنا هناك ان الجواز خيرة نهاية الاحكام والتلخيص ولواحق رهن الكتاب والايضاح في باب البيع وحواشي الشهيد والمختلف في موضع آخر وكأنه مال اليه أوقال به في مجمع البرهان وقد حكاه جماعة عن أبي الصلاح لكنه في غاية المراد حكاه عن ظاهره وليس في الكافي مايفيد ذلك الاقوله واذا أراد الموكل عزل الوكيل أو تخصيص الوكالة فليشهد على ذلك ويعلمه به ان أمكن اعلامه وهي بالظهور أشبه لكنك ان لحظت تمام كلامه رأيته لايخلو من تشويش وقلنا أنه استشكل في بيع التحرير والكفاية وأنه تردد في التذكرة وأنه لاترجيح في وكالة التحرير ووكالة غاية المراد وقد ذكرنا في حجة الاولين ان الاصل عدم جواز التصرف في مال الغير بغير اذنه وقلنا ان هذا لانزاع فيه فينبغي ان يكون النزاع في أنه هل يفهم الاذن والرضا من مجرد قوله بع مالي من دون انضمام شيء أم لا كما ذكرناه في عنوان المسئلة فيكون دليلهم الاصل وعدم ظهور الدلالة لان المتبادر من قوله بع انما هو البيع على الغير عرفا وعادة وايدناه بما ورد فيما اذا قال لك الرجل اشترلي من قول أبي عبد الله عليه السلام لاتعطه من عندك وان كان الذي عندك خيرا وقوله عليه السلام لايقربن هذا ولايدنس نفسه وذكرنا في حجة الآخرين أنه بعد ان أذن له في البيع جاز له لانه يصدق على بيعه من نفسه أنه بيع لغة وعرفا وأنهم يمنعون العرف والتبادر ومما يحتج لهم به رواية اسحق بن عمار قال قلت لابي عبد الله عليه السلام يجيئني الرجل بدينار يريد شراء دراهم فاعطه ارخص مما أبيع فقال اعطه ارخص مما تجد له وقد يستشهد لهم بما ورد فيما اذا وكله في تقسيم مال على فريق هو منهم من انه يجوز له الاخذ وان كان فيه خلافا وما ورد في جواز جعل الوصي بنفسه على ان الروايتين ليستا صريحتين في المنع عن الشراء بل عن الاعطاء مطلقا وهو أعم مع انهما ليستا بنقيتي السند مع احتمال ارادة الاولى والاحسن ذلك أو يكون المنع مع فهم المنع أو ان ذلك مع ظن التهمة كما يظهر من الرواية الثانية (وروى الصدوق) باسناده عن عثمان بن عيسى عن ميسر قال قلت له يجيئني الرجل فيقول اشترلي ويكون ماعندي خيرا من متاع السوق قال ان امنت ان لايتهمك فاعطه من عندك فان خفت أن يتهمك فاشتر له من السوق (وليعلم) ان الاذن اما أن تكون صريحة أو من قرينة دالة على الرضا كأن يقول مرادي البيع وتحصيل الثمن وينبغي مراجعة ماذكرناه في أواخر باب البيع عند قوله ولا يتولاهما الواحد ويغني عنه مراجعة ما كتبناه في الركن الثالث الوكيل ﴿ قوله ﴾ ﴿ واطلاق الاذن في الشراء يقتضي ابتياع الصحيح دون المعيب بثمن المثل بنقد البلد حالا لامن نفسه ﴾ اما ان الاطلاق في الشراء يقتضي شراء الصحيح دون المعيب ففي (التذكرة) الاجماع عليه وبه صرح في المبسوط والجامع والشرائع

والتوكيل في البيع يقتضي تسليم المبيع الى المشتري ولا يملك الابراء من الثمن ولا قبضه (متن)

والتحرير وجامع المقاصد والكفاية والمفاتيح لان الاطلاق فى الوكالة في الشراء يقتضي السلامة ولم يحك الخلاف الا عن أبي حنيفة وقد تقدم الفرق بين الوكيل والمضارب في جواز شراء المعيب للثاني دون الاول ويأتي في الكتاب وغيره أنه ان اشترى المعيب بثمن مثله وجهل العيب وقع عن الموكل وان كان بغبن وجهل به لم يقع عن الموكل ويأتي بيان الحال في ذلك ان شاء الله تعالى وان المدار على مايخفى غالبا من الغبن والعيب فيلزم الموكل ومالا يخفى لايلزمه واما انه يقتضي الابتياع بثمن المثل بنقد البلد حالا لا من نفسه فالحال فيه كالحال في اطلاق الاذن في البيع بالنسبة الى الاحكام الاربعة بل الاخبار هنا واردة في الاخير كما تقدم ولعله لذلك جزم بعدم جواز الشراء من نفسه الشهيد في غاية المراد وجوز البيع فى حواشي الكتاب وتردد فيه في غاية المراد وقد نص على جميع مافي الكتاب في جامع المقاصد ومن الغريب أنه نص على الثلاثة الاول في التحرير ولم يتعرض فيه للاخير واغرب منه ان الشيخ والجماعة تعرضوا لحال اطلاق الاذن في البيع ولم يتعرضوا له في الشرائع مع انهم يذكرون بعض أحكامه بعده بلا فاصلة عدا الشرائع على الظاهر منها لا على مافهمه منها في المسالك ففي (المبسوط) بعد ان ذكر حال اطلاق الوكالة في البيع قال فاما اذا وكله في الشراء فلا يجوز له ان يشتري الا بثمن المثل ومتى اشترى بأكثر لم يلزم الموكل بلا خلاف ثم ذكر أحكاما أخر لاتعلق لها بنقد البلد الحال والبيع من نفسه ونحوه غيره مع ان هذه الاحكام الاربعة تستفاد من مطاوي كلماتهم في مواضع متفرقة وبما يقضي استدلالهم على ذلك في اطلاق الاذن في البيع من ان الغالب في البيع أو المعاملة ذلك فيحمل الاطلاق عليه ﴿ قوله ﴾ ﴿ والتوكيل في البيع يقتضي تسليم المبيع الى المشتري ولا يملك الابراء من الثمن ولا قبضه ﴾ اما أنه يقتضي تسليم المبيع فقد صرح به في المبسوط والشرائع والتذكرة والتحرير وجامع المقاصد والمفاتيح وفي (الارشاد) أنه لا يملك تسليم المبيع قبل توفيته الثمن وقد وافقه على ذلك الشارحان وولده في شرحه ومولانا المقدس الاردبيلي وصاحب المسالك وقد قيد ذلك اعني تسليم المبيع بما اذا كان بعد اداء الثمن الى الموكل أو وكيله المأذون في ذلك في التحرير والتذكرة في مسائل كثيرة وقد نسب في جامع المقاصد منع الوكيل من تسليم المبيع أولا الى اطلاق الاصحاب ونحوه ما في غاية المراد حيث قال حكموا بما ستسمعه قريبا ويستشكل المصنف في ذلك ويقرب المنع قبل احضار الثمن ومراده باحضاره تسليمه أو الامر منه (ووجه) في جامع المقاصد كلام الكتاب بان البيع يقتضي ازالة ملك البائع عن المبيع ودخوله في ملك المشتري فيجب التسليم اليه لانه من حقوقه (ووجه) في مجمع البرهان كلام الارشاد بأن تسليم المبيع ليس بداخل في مفهوم البيع وليس هو شرطا في ذلك فلا يملكه الوكيل (قلت) وكونه للمشتري لا يقضي بوجوب التسليم اليه حالا لان المالك لو باعه بنفسه حق الحبس حتى يقبض الثمن فكذا الوكيل نعم لو قلنا بوجوب التسليم على البائع اولا تم لهم ذلك وقد تقدم في محله أنه غير واجب وان الاصح أنهما يتقابضان ثم أنه لا مصلحة فى ذلك للموكل بل هو تغرير وتطويل ولا يعجبني ما في الكتاب وجامع المقاصد حيث جزما أولا بالاقتضاء المذكور مع انهما سيختاران أنه ليس له ان يسلمه قبل احضار الثمن كما عرفت (وعساك تقول) لا تنافي بين الكلامين لان التوكيل عندهما يقتضي

تسليم المبيع لكن مراعاة الاحتياط للموكل في حفظ الثمن له قضت بأن الاقرب المنع منه كما نبه عليه في جامع المقاصد (قلت) الاختلاف موجود سواء كان الباعث على المنع الاحتياط اوغيره على انا نمنع ذلك بل نقول يجب عليهما معاً أن يتقابضا (وكيف كان) فمنعه من التسليم قبل تسلم الموكل الثمن خيرة التذكرة والتحرير والارشاد والايضاح والمسالك والكفاية بل لا قائل صريحاً منا بانه له ان يسلم المبيع من دون احضار الثمن وتسليمه اما للموكل أو الوكيل نعم يظهر ذلك من المحقق في الشرائع حيث لم يقيد والشيخ في المبسوط جزم أولا بأن له ذلك ثم بنى الحكم على وجهين لم يرجح أحدهما فيرجع كلامه بالآخرة الى التوقف قال اذا وكل رجلا في بيع ماله فباعه كان له أن يسلمه الى المشتري لان اطلاق الاذن في البيع يقتضي التسليم لان ذلك من موجبه ومقتضاه وهل يقتضي تسليم الثمن من المشتري قيل فيه وجهان الاقتضاء وعدمه فان قلنا بالاقتضاء لم يكن له ان يسلم المبيع الا مع تسليم الثمن فاذا لم يفعل كان للموكل ان يغرمه قيمة المبيع ومن قال لا يقتضي لم يكن له ان يغرم الوكيل لانه ما تعدى في التسليم انتهى ولم يرجح واحدا من الوجهين (وكيف كان) فكلامهم في الباب مضطرب جدا اذ قد سمعت ما في الارشاد والتحرير والتذكرة من تقييد تسليم المبيع بما اذا كان بعد اداء الثمن وتوقيته (وقال في الارشاد والتحرير) أنه لو وكله في الشراء ملك تسليم ثمنه من دون تقييد ذلك بما كان بعد تسليم المبيع الى الموكل او وكيله المأذون وقضية كلامهم الفرق بين وكيل الشراء ووكيل البيع وقد اختلف شراح الارشاد في ذلك فنزل ولده كلامه في الشراء على ما اذا كان بعد تسليم المبيع كما هو الشأن عنده في وكيل البيع وهو خلاف الظاهر المتبادر من العبارتين حيث قال في وكيل البيع ووكيل البيع لا يملك تسليم المبيع قبل توفية الثمن وقال في وكيل الشراء ماسمعت (وقال الشهيد في غاية المراد) في شرح عبارة وكيل الشراء لا يرد انهم حكموا بانه لا يجوز ان يسلم المبيع حتى يتسلم الثمن ولا الثمن حتى يتسلم المبيع لان ذلك محمول على من هو وكيل فيهما معا لا في المطلق ولو سلم فالوكيل أن يمتنع حتى يدفع الغريم المبيع او الثمن الى موكله انتهى وهو رجوع الى تنزيل ولده على انه غير جيد ولا يوافق كلام الارشاد في وكيل البيع ومولانا المقدس الاردبيلي انكر على الارشاد الفرق بين المسئلتين قال الا ان يدعى أن العرف هو الفارق ثم منع الفرق في العرف وكذا صاحب الكفاية لم يفرق هذا حال كلام الارشاد والتحرير وأما التذكرة فقد عرفت انه قيد تسليم المبيع في وكيل البيع بما اذا كان بعد اداء الثمن في مسائل عديدة وقال في وكيل الشراء اذا اشترى ما وكل فيه ملك تسليم ثمنه لانه من تتمته وحقوقه فهو كتسليم المبيع في الحكم فقضية التشبيه أنه انما يملك تسليم الثمن بعد وصول المبيع الى الموكل وقضية قوله لانه من تتمته وحقوقه الفرق بين الوكيلين لكن هذا سهل وأما كلام الكتاب فانه قال في وكيل الشراء ولو وكله في الشراء ملك تسليم ثمنه ولم يقل وهل له ان يسلم قبل احضار المبيع كما قال مثله في وكيل البيع وقضيته الفرق بين الوكيلين (وقال في المبسوط) بعد ما حكيناه عنه بلا فاصلة وكذلك اذا وكله في الشراء اقتضى ذلك الاذن في تسليم الثمن وهل يقتضي الاذن في تسليم المبيع يبنى على الوجهين كما ذكرناه انتهى (وقال في التذكرة) أنه اذا وكله في البيع ومنعه من قبض الثمن لم يكن للوكيل القبض اجماعا ولو منعه من تسليم المبيع فكذلك وحكي عن بعض الشافعية الاحتجاج على الآخر بانه من توابع البيع وتمام العقد وكون التسليم مستحقا للمشتري لا يقتضي كون المستحق هو تسليم الوكيل فالممنوع غير المستحق (وفيه) أنه اذا سلم المشتري الثمن الى الموكل انقطعت سلطنة الموكل عن المبيع ووجب على من كان في يده تسليمه الى

لكن هل له ان يسلمه المبيع من دون احضار الثمن اشكال الاقرب المنع فيضمن لو تعذر قبض الثمن من المشتري ولو دلت قرينة القبض ملكه بان يأمره ببيع ثوب في سوق غائب عن الموكل او في موضع يضيع الثمن بترك قبض الوكيل له وليس له بيع بعضه ببعض الثمن الا مع القرينة كما لو امره ببيع عبدين (متن)

مالكه وكذلك الحال في الثمن في جانب الشراء كما في جامع المقاصد واما أنه لا يملك الابراء من الثمن ففي التذكرة الاجماع عليه (قلت) الحكم من القطعيات اليقينيات لعدم دلالة الوكالة على ذلك لغة ولا عرفا ولا شرعا فالاجماع استنباطي اذ لا مصرح به قبله فيما أجد عدا الشيخ في المبسوط وأما انه ليس له قبضه فقد صرح به في الشرائع والتذكرة والتحرير والارشاد وجامع المقاصد والمسالك والكفاية ومجمع البرهان وفي الاخير كأنه لاخلاف فيه وفي (موضع من المسالك) الاجماع عليه ذكره استطرادا نعم لو دفعه اليه المشتري بعنوان ان يكون وكيلا عنه في ايصاله الى الموكل جاز ولكنه ليس مما نحن فيه (وقال في جامع المقاصد) أنه لا فرق في ذلك بين الصرف وغيره خلافا للشافعية (قلت) قال في التذكرة اتفقوا أي الشافعية على ان الوكيل في عقد الصرف يملك القبض والاقباض لانه شرط صحة العقد وكذا في السلم يقبض وكيل المسلم اليه رأس المال ووكيل المسلم يقبضه اياه لا محالة عندهم وعندي في ذلك نظر والوجه أنه لا يملك القبض بحال انتهى وفي (مجمع البرهان) انا نجد ان ما قالوه أوجه لما ذكروه من دليلهم (قلت) قد تقدم في بابه ان المعتبر حصول التقابض في الصرف قبل تفرق المتعاقدين فمتى كان المتعاقدان وكيلين اعتبر تقابضهما في المجلس او تقابض المالكين قبل تفرق الوكيلين فيصح كل من القولين بملاحظة هذين التقديرين لكن قول المصنف أوجه بالنسبة الى اطلاق الاذن في خصوص العقد فليتأمل ﴿قوله﴾ (ولكن هل له ان يسلم المبيع من دون احضار الثمن اشكال الاقرب المنع فيضمن لو تعذر قبض الثمن من المشتري) قد تقدم الكلام في ذلك ويعلم وجها الاشكال مما حكيناه في توجيه كلام الكتاب وكلام الارشاد عن جامع المقاصد ومجمع البرهان ﴿قوله﴾ (ولو دلت قرينة على القبض ملكه أن يأمره ببيع ثوب في سوق غائب عن الموكل أو في موضع يضيع الثمن بترك قبض الوكيل له) كما صرح بذلك كله في التذكرة وجامع المقاصد وكذا التحرير حيث قال لو قيل بالملك مع القرينة كان وجها ولا معنى لتأمله فيه ان كان متأملا لان ظاهر حال الموكل أنه لا يرضى بتضييع ماله وانه انما أمره بالبيع لتحصيل ثمنه وانه ان تركه يعد في العرف مفرطا مضيعا ﴿قوله﴾ (وليس له بيع بعضه ببعض الثمن) كما في جامع الشرائع والتذكرة والتحرير وجامع المقاصد وقد نص على مثله في المبسوط في الشراء فلو قال له بع هذا العبد بمائة فلا يصح له بيع نصفه بخمسين لانه انما وكله في بيع المجموع وهو يغاير بيع الاجزاء ولم يوجد منه اذن فيها نطقا ولا عرفا ولان في التبعيض اضرارا في الموكل ولو فعل كان فضوليا فكان كما لو وكله في شراء عبد فاشترى نصفه وسيجيء انه له بيع نصفه بكل الثمن وفي (التحرير) انه لو أمره ببيع عبده بمائة فباع بعضه باقل لم يلزم اجماعا ﴿قوله﴾ (الا مع القرينة كما لو أمره ببيع عبدين) وكما لو وكله في بيع عبد بمائة فباع نصفه بمائة لانه قد زاده في هذا خيرا فهو ماذون فيه من جهة العرف لانه قد حصلت له مائة وبقيت له زيادة وهل له حينئذ بيع النصف الآخر فيه وجهان لانه قد لا يرضي ببيعه لحصول غرضه واستغنائه عن بيعه والقرينة في مسئلة العبدين استمرار العرف

ولو نص على وحدة الصفقة لم يجز له التجاوز وله حينئذ أن يشتري من المالكين صفقة ولو وكله في الشراء ملك تسليم ثمنه وقبض المبيع لقبض الثمن ولو وكله في التزويج كان ان يزوجه ابنته وله ان يرد بالعيب مع الاطلاق (متن)

على ذلك وندرة اتفاق من يشتري العبدين دفعه ﴿ قوله ﴾ (ولو نص على وحدة الصفقة لم يجز له التجاوز) ووجب عليه الامتثال لان اذنه لم يتناول غير ماعينه لانه له غرض في ذلك وقد نص عليه في التذكرة والتحرير وجامع المقاصد وعليه نبه في المبسوط ﴿ قوله ﴾ (وله ان يشتري من مالكين صفقة) كما في التذكرة والتحرير وجامع المقاصد وعن الشافعي أنه لايصح لان عقد الواحد مع الاثنين عقدان وفيه انه عقد واحد بمنزلة اثنين ﴿ قوله ﴾ (ولو وكله في الشراء ملك تسليم ثمنه) قد تقدم الكلام فيه مبينا عند الكلام على مااذا وكله في البيع ﴿ قوله ﴾ (وقبض المبيع كقبض الثمن) كما صرح بذلك في الشرائع والتذكرة والتحرير والارشاد وشرحه لولده وغاية المراد ومجمع البرهان وغيرها ومرادهم ان الحكم في تسلم الوكيل المبيع حيث يوكله في الشراء كالحكم في تسلمه الثمن حيث يوكله في البيع وقد عرفت الحال في ذلك كما قد سمعت ما في المبسوط ﴿ قوله ﴾ (ولو وكله في التزويج كان له ان يزوجه ابنته) كما في التذكرة والتحرير وجامع المقاصد لانه كما اذا وكله في البيع فانه له أن يبيعه من ابنه ولم يفرق في التحرير بين الصغيرة والكبيرة ويجيء على قول الشيخ المنع اذا كانت صغيرة كما هو محكي من بعض الشافعية ولو وكلته المرأة في تزويجها لم يكن له أن يزوجها من نفسه لقول مولانا الصادق عليه السلام في خبر الحلبي تتزوج منه ويوجه رأسه واحتمل في التذكرة مع اطلاق التوكيل الجواز نعم له أن يزوجها من ابنه ووالده وليعض العامة وجهان ﴿ قوله ﴾ (وله الرد بالعيب مع الاطلاق) اطلق في المبسوط والشرائع والتحرير والارشاد أنه له الرد بالعيب من دون تقييد بالاطلاق وزيد في الشرائع والارشاد مع حضور الموكل وغيبته وكأنهما اشارا الى التنبيه على ما في المبسوط حيث ان الظاهر تعليله ان ذلك مع غيبته ومراد المصنف بالاطلاق أنه أمره بشراء شيء من غير ان يبين شخصه واختير في التذكرة في موضعين منها والمسالك ومجمع البرهان وكذا المفاتيح أنه ليس له الرد وفي (جامع المقاصد) أنه لايخلو عن قوة وظاهر احد الموضعين من التذكرة الاجماع عليه حيث قال عندنا وقد احتج على مختاره في المبسوط بامرين (الاول) أنه اقامه مقامه فلم يرده حينئذ كأنه رده (الثاني) أنه اذا اخر حتى يحضر الموكل لا يأمن فوات الرد بالعيب بموت المالك أو غيبته ووجهه في جامع المقاصد بأن الوكيل انما ينزل على شراء الصحيح فاذا ظهر العيب كان له الرد وشراء ماوكل فيه وهو الصحيح وعلل في التذكرة صحة الشراء بأنه انما يلزمه شراء الصحيح في الظاهر وليس مكلفا بالسلامة في الباطن لان ذلك لايمكن الوقوف عليه فلا يجوز تكليفه به ويعجز عن التحرز عن شراء معيب لا يظهر عيبه فيقع الشراء للموكل وحكى في المسالك عن التذكرة أنه علل بهذا ثبوت الرد وقد عرفت أنه علل به صحة الشراء ويرد على أول توجيهي المبسوط أنه انما اقامه مقامه في نفس العقد لافي لوازمه التي منها الرد بالعيب اذ من جملتها القبض والاقالة وليس لها مباشرتهما اجماعا وعلى الثاني بأنه ان تم وما كان ليكون خص حال النية وعلى توجيه جامع المقاصد ان قضيته أن لايصح الشراء أو يقع موقوفا وعلى توجيه التذكرة على ماحاوله منها في المسالك أنه توجيه لصحة البيع ولا دلالة فيه على جواز الرد ثم أنه مغاير للشراء

ومع التعيين اشكال فان رضي المالك لم يكن له مخالفته ولو استمهله البائع حتى يحضر الموكل لم تلزم اجابته (متن)

والتوكيل انما اقتضى الشراء لا الرد ولا تلازم بينهما كما تقدم مثله في تسليم المبيع وقبض الثمن فالقول بصحة الشراء للموكل ينافي جواز الرد من دون اذنه ولهذا قال في مجمع البرهان ماعرف له وجها والانصاف ان أهل العرف يعدون ان من اشترى معيبا ينقص عينه نصف قيمته أو أكثر وكان وكيلا ولم يرد مضيعا مفرطا فى مال الموكل فيكون التوكيل فى الشراء توكيلا في الرد بالعيب عرفا كما اذا وكله في بيع شيء في موضع يضيع الثمن بترك قبضه ﴿ قوله ﴾ ﴿ ومع التعيين اشكال ﴾ ونحوه مافى المبسوط من أن فيه وجهين وقرب الرد في الكتاب في أواخر المطلب الثاني وفي (التحرير) بعد ان استشكل اما الاشكال فلاحتمال تعلق غرضه بهذا صحيحا كان أو معيبا واحتمال تعلق غرضه به بشرط الصحة ولا ترجيح لجاء الاشكال واما وجه القرب فلان الشراء يستلزم الرد بالعيب والاصل عدم علمه بالعيب والظاهر الغالب أنه لا يرضى بالمعيب وقد أقامه مقامه فله الرد وهو قوي جدا ان لم يكن معيبا لما عرفت آنفا واختير فى التذكرة والايضاح وجامع المقاصد والمسالك أنه لا يجوز له ذلك الامع الاذن لانه بالتعيين قد قطع اجتهاده منه ولعله قد أمره بشرائه مع علمه بعيبه وأنه قد أمره مادخاله في ملكه والرد يضاده والوكيل فى شيء لايلزم ان يكون في مضاده فالتوكيل فى الشراء لايندرج فيه التوكيل بالرد وهو مسلم ان لم يحكم العرف بخلافه كما تقدم بل نقول أنه ليس له شراؤه اذا علم بالعيب قبل الشراء وعلى قولهم يكون له شراؤه ﴿ قوله ﴾ ﴿ فان رضي المالك لم تكن له مخالفته ﴾ أي لو رضي المالك بالعيب قبل ان يرد الوكيل لم يكن للوكيل مخالفته ولم ينفذ رده كما صرح بذلك في التذكرة والتحرير وجامع المقاصد وهو معنى قوله في الارشاد لو رضي الموكل بطل رده اذ معناه أنه لو علم ورضي قبل أن يرد الوكيل سقط جواز الرد للوكيل ولو رد لم ينفذ رده والا فلو رد الوكيل قبل ذلك نفذ على الموكل مع المصلحة وليس له ابطال رده وهو معنى قوله في الشرائع فان منعه المالك لم يكن له مخالفته لان منعه عن الرد ابطال للوكالة والرضا بالعيب في حكم المنع عن الرد وابطال الوكالة والاصل في ذلك قول الشيخ في المبسوط فلو حضر الموكل قبل أن يرد وأبى ذلك كان له امسا كها وليس للوكيل ردها أي السلعة لان الحق للموكل دون الوكيل ويفارق المضارب حيث نقول له رد السلعة بالعيب وان أبى رب المال لان له حقا في تلك السلعة انتهى وقد قصد الجماعة ماقصد من التنبيه على الفرق بين الوكيل والمضارب وان اختلفوا في التعبير عنه فلا يتجه ما فى جامع المقاصد ان هذا مستغنى عنه لان الموكل يملك منعه مما يدل عليه صريح التوكيل فغيره اولى واندفع اعتراض المقدس الاردبيلي عن عبارة الارشاد بما ذكرناه فى بيانها لتوافق كلام المبسوط وكلامه فى التذكرة والتحرير والكتاب والمسئلة وما بعدها مبنية على جواز الرد بالعيب للوكيل على القول به فرضا أو واقعا ﴿ قوله ﴾ ﴿ ولو استمهله البائع حتى يحضر الموكل لم تلزم اجابته ﴾ كما فى المبسوط والتذكرة والتحرير وكذا جامع المقاصد لانه قد ثبت له الرد في الحال فلا يلزمه تأخيره كما فى المبسوط ولانه لا يأمن فوات الرد بهرب البائع وفوات الثمن بتلفه ولعله لا وجه لقوله فى جامع المقاصد يشكل بما اذا اقتضت المصلحة ذلك اوكانت غبطة الموكل في عدم رد ذلك المعيب لان الفرض ان الغبطة والمصلحة فى الرد كما أفصح به تعليلهم

فان ادعى رضا للموكل استحلف الوكيل ان ادعى علمه على نفي العلم ولو رده بحضر الموكل وادعى الرضا وصدقه البائع بطل الرد ان قلنا بالعزل وان لم يعلم الوكيل لان رضاه به عزل الوكيل عن الرد ولو رضي الوكيل بالعيب بحضر الموكل واراد الرد فله ذلك ان صدقه البائع على الوكالة او قامت البينة والا ثبت على الوكيل الثمن (متن)

ثم انه يمكن استدراكه وكلامهم مبني على الغالب ﴿ قوله ﴾ (فان ادعى رضا الموكل استحلف الوكيل ان ادعى علمه على نفي العلم) كما في المبسوط والتذكرة والتحرير وجامع المقاصد قال في (المبسوط) فان قال له البائع قد بلغ الموكل ان السلعة معيبة وقد رضي بعيبها وانكر الوكيل ذلك الى ان قال فان ادعى علمه بذلك حلف بالله انه مايعلم انه رضي به قلت وليس في هذا اليمين نيابة عن أحد لانه ان اقر لزمه الامساك في حق نفسه دون موكله ﴿ قوله ﴾ (ولو رد بحضر الموكل وادعى الرضا فصدقه البائع بطل الرد) كما في الكتب الاربعة المتقدمة وفي (المبسوط) فاذا حضر فان قال ما كنت رضيت بالعيب فقد وقع الرد موقعه وان قال كنت قد رضيت به قبل الرد وصدقه البائع على ذلك أو كذبه وأقام البينة على ذلك لم يقع الرد موقعه وكان له استرجاع السلعة انتهى وانما اعتبروا تصديق البائع له لانه لو كذبه لم يقبل قوله بدون البينة لثبوت الفسخ ظاهرا برد الوكيل والمراد ببطلان الرد وعدم وقوعه موقعه انه تبين بطلانه من حين وقوعه وذلك انما يتم على القول بان الموكل اذا عزل الوكيل ولم يعلم انعزل من حين عزله اياه لان رضاه به عزل الوكيل عن الرد لانه يقتضي سقوط حق الرد فتنتفي الوكالة المتعلقة به ﴿ قوله ﴾ (ان قلنا بالعزل وان لم يعلم الوكيل لان رضاه به عزل الوكيل عن الرد) هذا قيد في بطلان الرد قد خلى عنه المبسوط بناء على مختاره من انعزاله بالانعزال (بالعزل ظ) وان لم يعلمه وهو خيرة الكتاب فيما يأتي فلعله لو تركه كان أولى وذكر في التذكرة والتحرير وجامع المقاصد وقوله لان رضاه به عزل الى آخره تعليل لبطلان الرد ﴿ قوله ﴾ (ولو رضي الوكيل بالعيب بحضر الموكل وأراد الرد فله ذلك ان صدقه البائع على الوكالة أو قامت البينة والا ثبت على الوكيل الثمن) كما في المبسوط والتذكرة والتحرير وجامع المقاصد غير انه لم يذكر في المبسوط قيام البينة لوضوحه وقد ذكر فيه وفي التذكرة والتحرير وجامع المقاصد أنه يحلف البائع على نفي العلم بأن الشراء بالوكالة ويلزم الشراء الوكيل ولم يذكر في التحرير أنه يلزم الشراء الوكيل وانما قال يحلف ويسقط رد الموكل (والحاصل) أنه حيث لا يصدقه ولا يكون عنده بينة يكون الاصل والظاهر مع البائع لان الاصل عدم التوكيل والظاهر ان من اشترى شيئا فهو له فلا يصح ان يحلف الموكل لانه مدع ولا طريق له الى العلم بنية الوكيل ولا يحلف الوكيل لامتناع ثبوت حق لشخص بيمين غيره ثم أنه مدع أيضا فيحلف البائع على نفي العلم ان ادعى عليه العلم ويلزم الوكيل بالبيع ظاهرا ويجب عليه اداء الثمن ان لم يصدقه الموكل أنه اشترى له وحلف على نفي العلم ان ادعاه عليه ومنه يعلم الوجه في كلام التحرير فتأمل جيدا لانه لك ان تقول أنه مفرط في الالتزام والمفروض انه وكيل في الشراء والرد بالعيب وأنه ليس له الالتزام لان الاذن في الشراء لايتناوله لانهم في شك ونزاع في تناول الرد فكأنهم مطبقون على أنه لايتناول الالتزام اما لانه لايتناولهما أو لانه اذا تناول الرد لايتناول الالتزام والا فلو كان وكيلا في الالتزام وكان على وفق المصلحة ورضي به الوكيل مضى

(الثاني) في تخصيص الموكل لا يملك الوكيل من التصرفات الا ما يقتضيه اذن الموكل صريحا او عرفا فلو وكله في التصرف في وقت معين لم يكن له التصرف قبله ولا بعده ولو عين له المكان تعين مع الغرض (متن)

على الموكل ولم يكن له الرد فاندفع اشكال جامع المقاصد ﴿ قوله ﴾ (الثاني في تخصيص الموكل لا يملك الوكيل من التصرف الا ما يقتضيه اذن الموكل صريحا أو عرفا) كما في التحرير وهو قوله في الشرائع و يقتصر الوكيل من التصرف على ما اذن له وما تشهد به العادة ونحوه ما في التذكرة واللمعة وهو المستفاد من مطاوي كلمات المبسوط وغيره في المسائل التي تأتي حيث يلحظون فيها العرف والعادة وفي (النافع) يقتصر الوكيل على ماعين له الموكل ولم يتعرض لعرف ولا عادة ولذلك قال في التنقيح انما يجب ذلك مع تساوي ما عينه وضده في وجه المصلحة أو اختصاص ماعينه بها اما لو صار ماعينه مرجوحا في جانب المصلحة عرفا أو شرعا فانه لا يجب الاقتصار على المعين بل لا يجوز كما لو أمره بالبيع بعشرة فباع بعشرين أو قال اشتري بعشرة فاشترى بخمسة فان كل ذلك صحيح ولو خالف ضمن انتهى (وفيه) ان مقتضى الاصل أنه لا يجوز له التعدي الا مع القطع بعدم تعلق غرض له في ذلك أصلا فلا يجوز مع الجهل بالحال فلعله يريد الارفق المطلق أي لا يعتبر خصوص أو عدم الاشتراط في البيع أو سهولة المعاملة فانه مندوب الى ذلك شرعا وعدم زيادة الربح عن مقدار معين لغرض شرعي الا ان تقول ان هذه الامور نادرة في المطلق فلا يلتفت اليها مع الاشتباه (وكيف كان) فالظاهر ان العادة تجري مجرى النطق والتصريح اذا اطردت ودلت بالاولوية أو دلت القرائن على مادلت عليه كما اذا أمره بشراء الجمد في الصيف فانه لا يشتريه في الشتاء وقد يراد مقتضى العادة ودلالتها من التعيين في قوله في النافع يقتصر على ماعين فتأمل في ذلك كله ولعل الاولى عدم التجاوز عن محل النطق كما في جامع المقاصد ومجمع البرهان ﴿ قوله ﴾ (فلو وكله في التصرف في وقت معين لم يكن له التصرف قبله ولا بعده) كما في التذكرة والتحرير والارشاد وجامع المقاصد وهو قضية اطلاقات بقية العبارات لأنه ربما يحتاج الى البيع في ذلك الوقت دون ماقبله وما بعده فان قدم أو أخر وقف على الاجازة ﴿ قوله ﴾ (ولو عين له المكان تعين مع الغرض) يريد ان تعيين المكان ليس كتعيين الزمان والبيع على شخص معين بل الحال في المكان انه ان كان له في تعيينه غرض صحيح تعين والا فلا ويجوز بيعه في غيره كما صرح بذلك في التذكرة في أول كلامه والتحرير وكذا الارشاد والتنقيح بل في المبسوط والشرائع والنافع انه اذا وكله في بيع ماله في سوق بعينها فخالفه و باعه في غيرها بذلك الثمن جاز وصح قالوا ولا كذا لو أمره بيعه من انسان فباعه من غيره فانه يقف على الاجازة فيصير الفرق بين الزمان والمكان ان تعلق الغرض بالزمان اكثري غالب فيجب اتباع تخصيص الموكل فيه والاطلاق منزل على الغالب ولا كذلك المكان فان تعيينه غالبا يقع اتفاقا من غير باعث عليه وأنما الغرض حصول الثمن فاذا حصل في غيره جاز والفرق بين المكان والبيع من انسان معين ان الغالب عدم تعلق الغرض بالمكان فذاته كما تقدم ولا كذلك الاشخاص فانه كثيرا مما يتعلق الغرض الصحيح بمعاملة شخص فتطلب معاملته لذلك بل اطلاق كلامهم فيما اذا أمره بيعه من فلان انه لا يجوز له التخطي ولو علمنا انه لاغرض له في ذلك أصلا وقد نسب ذلك الى ظاهر اطلاقهم في المسالك والى ظاهر اكثر العبارات في مجمع

كأن يكون السوق معروفاً بجودة النقد أو كثرة الثمن اوحله او اصلاح اهله او مودة بين الموكل و بينهم والا فلا ولو عين المشتري تعين ولو امره بالبيع باجل معين تعين ولو اطلق

البرهان ولكنه في التذكرة بعد أن ذكر ماحكيناه عنه من جواز التعدي في المكان قال والوجه الثاني للشافعية انه لايجوز التعدي لجواز أن يكون له فيه غرض صحيح لم يطلع عليه (والجواب) عنه بانه غير محل النزاع لانا نفرض الكلام فيما لو انتفى الغرض بالكلية أما لو جوزنا حصول غرض صحيح فانه لايجوز له ووافقه على هذا المحقق الثاني قال وينبغي ان يستوي في ذلك الزمان والمكان ولا يضر كون تعلق الغرض في أحدهما أكثريا وقال لاتجوز المخالفة مالم يعلم انتفاء تعلق الغرض فلا يجوز التخطي مع الجهل لان ذلك ليس نادرا ووافقه على ذلك صاحب ايضاح النافع وصاحب المسالك والمقدس الاردبيلي وأخذ الثالث يحاول تنزيل كلام الارشاد على ان المدار في المشتري المعين والزمان والمكان على الغرض وعدمه فان علم انتفاء الغرض في الجميع [illegible] المخالفة والا فلا وقال ينبغي ان يحمل كلام الجميع على ذلك وأنت تعلم ان الشيخ والجماعة يدعون ان العرف والعادة مستمران على ان تعيين السوق أنما يقع غالبا من غير باعث عليه ولا كذلك الزمان والاطلاق فيهما ينزل على الغالب وقضية ذلك أنه لو علم الباعث الصحيح أو ظن أو احتمل اتبع ماعين فلا نزاع في الحكم وانما هو نزاع في حال موضوع فليتأمل ويرشد الى ذلك كلاما التذكرة أولا وآخرا ﴿ قوله ﴾ ﴿ كأن يكون السوق معروفاً بجودة النقد أو كثرة الثمن أوحله أو صلاح أهله أو مودة بين الموكل و بينهم ﴾ هذه أمثلة الغرض التي توجب التعيين في المكان ﴿ قوله ﴾ ﴿ والا فلا ﴾ أي وان لم يكن مع الغرض لايتعين وفي (المسالك) انه لو علم انتفاء الغرض في السوق الفلاني صح البيع في غيره مطلقا لكن لايجوز نقل البيع اليه فلو نقله كان ضامنا وأما الفائدة صحة المعاملة لاغير ونحوه مافي جامع المقاصد لكنه فرض ذلك في البلد المعين في السوق الفلاني والاصل في ذلك انه قال في التذكرة انه لوقال له بع في بلد كذا احتمل أن يكون كقوله بع في السوق الفلاني حتى لو باع في بلد آخر جاء التفصيل ان كان له غرض صحيح في التخصيص لم يجز التعدي والا جاز لكن يضمن الوكيل هنا بالنقل الى غير المعين وكذا الثمن يكون مضمونا في يده بل لو اطلق التوكيل في بلد يبيعه في ذلك البلد فلو نقل صار ضامنا انتهى (وفيه أولا) أنه اذا جاز النقل والبيع في غير ما عين كيف يتحقق الضمان لان الجواز أن أستفيد من الاذن المفهوم من كلام الموكل فلا وجه للضمان وان لم يكن مستفادا منه فلا جواز بل هو تصرف من غير اذن بل ينبغي التأمل في صحة البيع (قال في جامع المقاصد)ولو أراد النقل عن البلد الذي عين له فيه البيع أو عن بلد التوكيل لم يجز الا بالاذن قطعا فان فعل كان ضامنا انتهى (وثانيا) انه يفهم منه عدم الضمان في المخالفة في السوق بخلاف البلد وهو في محل المنع أو التأمل فليتأمل في ذلك كله جيداً ﴿ قوله ﴾ ﴿ ولو عين المشتري تعين ﴾ كما في المبسوط والشرائع والتذكرة والتحرير والارشاد وجامع المقاصد ومجمع البرهان ولم يجز بيعه على غيره بذلك الثمن ولا أزيد لاختلاف الاغراض في أعيان المشترين لاختلافهم في سهولة المعاملة والخلو عن الشبهة وامكان استرداد السلعة ونحو ذلك ﴿ قوله ﴾ ﴿ ولو أمره بالبيع باجل معين تعين ﴾ كما في التذكرة وجامع المقاصد بمعنى انه لايجوز له الزيادة وهل يجوز له النقصان قال في التذكرة فيه قولان قلت المدار على العلم بانتفاء الغرض وعدمه ﴿ قوله ﴾ ﴿ ولو اطلق احتمل البطلان للجهالة والصحة لتقييده بالمصلحة ﴾ ظاهر التذكرة الاجماع على الصحة قال اذا وكله في البيع

أحتمل البطلان للجهالة والصحة لتقييده بالمصلحة ولو وكله في عقد فاسد لم يملكه ولا الصحيح
ولو امره بالشراء بالعين او في الذمة تعين (متن)

نسيئة ولم يعين الاجل صح عندنا وحمل الاطلاق على المتعارف بين الناس وغرضه ان هذا المقدار من الغرر غير قادح لان المتعارف بين الناس يختلف في الجملة واحتمال جملة سنين كثيرة يندفع بتقييد التصرف بالمصلحة وبالمتعارف المختلف اختلافا لا يفضي الى الضرر فتدبر ولان اعتبار التعيين أحوط ﴿ قوله ﴾ ﴿ ولو وكله في عقد فاسد لم يملكه ولا الصحيح ﴾ كما في التذكرة والتحرير وجامع المقاصد والمسالك ومجمع البرهان واقتصر في الخلاف والمبسوط والشرائع والارشاد على أنه لا يملك الصحيح ولعلهم انما تركوا ذكر عدم ملكه الفاسد لوضوحه وعدم الخلاف فيه اذ قد يظهر من التذكرة أنه وفاقي بين المسلمين بل وفي مجمع البرهان الاجماع عليه لان الله سبحانه وتعالى لم يأذن فيه ولان الموكل لم يملكه فالوكيل أولى أولانه سيأتي في الكتاب وغيره أنه لو قال له صالح عن الدم الذي استحقه بخمر ففعل حصل العفو وقد وجهه في التذكرة بان الصلح على الخمر وان كان فاسدا فيما يتعلق بالعوض ولكنه صحيح فيما يتعلق بالقصاص فيصح التوكيل فيما لو فعله الموكل بنفسه لصح لانا نصحح التوكيل في العقد الفاسد انتهى وقد قال في صلح الايضاح أنه وقع الاتفاق على انه لو وكل في الصلح بخمر فصالح الوكيل سقط القصاص مجانا وقد تأمل المصنف في باب الصلح في سقوط القصاص فيما اذا صالح عنه بخمر ولم يجزم بهناك ويأتي ان شاء الله تعالى تمام الكلام عند تعرض المصنف له ويمكن الجمع بين الاجماعين بانا نقول معقد اجماع الايضاح في موضعه خاصة لا من حيث انه يملك العقد الفاسد ويصح التوكيل فيه بل من حيث أن موكله صار بتوكيله في ذلك كالمتبرع هذا وظاهر التذكرة وجامع المقاصد الاجماع على أنه لا يملك الصحيح حيث قال عندنا وفي (مجمع البرهان) كأنه اجماعي وان وجهه ظاهر لانه غير موكل فيه أي لانه لم يأذن فيه فيقع فضوليا وخالف ابو حنيفة مستندا الى ان الشراء الفاسد يملك عقده فاذا عقد له عقدا صحيحا فقد ملكه بما هو أولى ولم يوافقه على ذلك أحد منا سوى صاحب التنقيح مستندا الى انه أمره مركب من شيئين البيع والاجل والاجل لا يدخل في حقيقة البيع وحينئذ فساد الاجل لا يستلزم فساد البيع فاذا يكون مالكا البيع المطلق فاذا باع مطلقا صح وانصرف الى الحال واحتمل ان يملك البيع الى أجل معلوم هو أقل مما يحتمله الاجل المجهول المأمور به وهو كما ترى فساد ولا فرق في ذلك بين ان يكونا عالمين أو جاهلين أو بالتفريق فلو قال له اشتر كذا الى ادراك الغلات أو بع كذلك فاشترى بهذا العقد أو باع وسلم الثمن أو المبيع ضمن ﴿ قوله ﴾ ﴿ ولو أمره بالشراء بالعين أو في الذمة تعين ﴾ كما في المبسوط والشرائع والتذكرة والتحرير والارشاد وجامع المقاصد والمسالك ومجمع البرهان حيث أتى في بعضها بعبارة الكتاب وفي بعض آخر بمعناها والمراد من أمره بشراء بالعين أو في الذمة ان ينص له على ذلك كان يقول له في الاول اشتر بعين هذا ومثله ما اذا قال اشتر بهذا المال لمكان المقابلة المستفادة من الباء كما نص عليه المحقق الثاني والشهيد الثاني ووجهه انه يجب تتبع تخصيصات الموكل لاختلاف الاغراض في ذلك غالبا كتلف الثمن المعين فانه لا يلزمه بدله ونحو ذلك فان ظهر عدم الغرض في الشراء نقدا بالعين علما أو ظنا ينبغي أن يجوز في الذمة وبالعكس والاقتصار أولى خصوصا في صورة الظن ويأتي المصنف في المطلب الثالث انه لو أذن له في الشراء في الذمة فاشترى

ولو اطلق اوخيره تخير ولو عين النقد اوالنسيئة تعين ولو اطلق حمل على الحلول بنقد البلد فان تعدد فالاغلب فان تساويا تخير ولو باعها نقدا بماله بيعها نسيئة مع تعيين النسيئة صح البيع الا مع الغرض كالخوف على الثمن وشبهه ولو اشترى نسيئة بما امره به نقدا صح الا مع الغرض كخوفه ان يستضر ببقاء الثمن معه ولو وكله في بيع عبد بمائة فباع نصفه بها او اطلق فباع نصفه بثمن المثل للجميع صح (متن)

باليمين انه يحتمل اللزوم لان اذنه في عقد يوجب الثمن مع تلفه يستلزم الاذن في عقد لا يوجب الثمن الا مع بقائه وانه يحتمل توقفه على الاجازة وهما وجهان للعامة ولم يوافقهم على الاول احد من اصحابنا الا ان المصنف قدمه فيما يأتي في الاحتمال وهو مخالف لما هنا ﴿ قوله ﴾ ﴿ ولو اطلق اوخيره تخير ﴾ يتصور الاطلاق فيما اذا دفع اليه الفا وقال اصرفها في الثمن كما في التذكرة وجامع المقاصد والمسالك لشمول اللفظ لكل منهما وقد يتأمل فيه لمكان التسليم لكن لا يرد ذلك فيما اذا كان الثمن في ذمته أو نحو ذلك ومثله مالو قال اشتر بالقسوم يقل بهذه الالف ولا بهذا المال وهو محل اشكال ﴿ قوله ﴾ ﴿ ولو عين النقد اوالنسيئة تعين في التوكيل في البيع أو الشراء ﴾ لما تقدم كما في التحرير والمراد اذا تعلق بذلك غرض صحيح وستسمع مايتفرع على ذلك ﴿ قوله ﴾ ﴿ ولو اطلق حمل على الحلول بنقد البلد ﴾ كما في المبسوط والتحرير وجامع المقاصد لوجوب الحمل على الراجح المتعارف الغالب كما تقدم مثله في البيع ﴿ قوله ﴾ ﴿ فان تعدد فالاغلب فان تساويا تخير ﴾ كما في التحرير والتذكرة أما الحمل على الاغلب فلانه الراجح كما هو واضح وأما التخيير مع التساوي فلانتفاء الرجحان ولا أولوية كما تقدم مثله في البيع ﴿ قوله ﴾ ﴿ ولو باعها نقداً بماله بيعها نسيئة مع تعيين النسيئة صح البيع الا مع الغرض ﴾ هذا معنى ما في المبسوط في موضعين منه والشرائع والنافع والتذكرة والتحرير والارشاد والتنقيح وجامع المقاصد والمسالك ومجمع البرهان والمفاتيح ويبقى الكلام في المستثنى ففي (المبسوط والشرائع والنافع والتحرير) نحو ما في الكتاب اذ في المبسوط لان له غرضا وفي (الشرائع) الا ان يكون هناك غرض ونحوه النافع والتحرير وكانه لا يشمل ما اذا احتمل ان له غرضا ويشهد له قوله في الارشاد صح الا ان يصرح بالمنع وقضيته أنه يصح وان احتمل ان له غرضا في ذلك بل لو ظن بل لو علم وقد اقره على ذلك في مجمع البرهان لكنه في التذكرة فرض ذلك مع العلم بانتفاء الاغراض وبذلك صرح في جامع المقاصد والمسالك وفيهما أنه لا يجوز التعدي وان جهل الحال وهو الصحيح والى ذلك أشار في المفاتيح بقوله ولو احتمالا ومثل بيعها نقدا بما يسوغ له بيعها به نسيئة اما لنصه عليه أولكونه متعارفا بين الناس ما اذا باعها بثمن المثل أو بأزيد منهما لانه في الصور الثلاث محسن قد زاده خيرا وما على المحسنين من سبيل ﴿ قوله ﴾ ﴿ كالخوف على الثمن وشبهه ﴾ أي كالخوف على الثمن في الحال ويدخل في الشبه ما اذا كان محتاجا اليه وقت الحلول وما اذا خاف من التعجيل خروجه في النفقة أو خلوص مال المنسوء عليهم من الشبهة ونحو ذلك ﴿ قوله ﴾ ﴿ ولو اشترى نسيئة بما امره به نقدا صح الا مع الغرض كخوفه ان يستضر ببقاء الثمن معه ﴾ هذا معنى ما في المبسوط والتذكرة والتحرير والارشاد وجامع المقاصد والمسالك ومثله ما اذا اشتراه نسيئة باقل مما أمره به نقدا وجميع ما ذكر في الكتب الستة في المسئلة التي قبلها ذكروه هنا ﴿ قوله ﴾ ﴿ ولو وكله في بيع عبد بمائة فباع نصفه بها أو اطلق فباع نصفه

وله بيع الآخر وكذا لو امره ببيع عبدين بمائة فباع احدهما بها ولو وكله في شراء عبد معين بمائة فاشتراه بخمسين صح الا ان ينهه من الاقل ولو قال اشتره بمائة لا بخمسين فاشتراه باقل من مائة وازيد من خمسين أواقل من خمسين صح ولو قال اشتر نصفه بمائة فاشترى اكثر منه بها صح ولو قال اشتر لي عبداً بمائة فاشترى مساويها باقل صح (متن)

بثمن المثل للجميع صح ﴾ كما في التذكرة وهو قضية كلام المبسوط وغيره حيث ذكر نحو ذلك في وكيل الشراء ومراده بالصحة في الكتابين انه يلزمه ذلك (وقال في التحرير) ان الاقرب ثبوت الخيار للمالك بين الاجازة والفسخ مع قرب اللزوم انتهى ووجه الصحة في التذكرة بانه مأذون في ذلك من جهة العرف فان من رضي بمائة ثمنا للكل رضي بها ثمنا للنصف ولانه حصل له المائة وأبقى له زيادة تنفعه ولا تضره فكان كالو باعه بمائة ونصف عبد او ثوب وفي (جامع المقاصد) أن لقائل أن يقول ربما تعلق الغرض بما نص عليه الموكل لانه ربما أراد السلامة من نفقة العبد أو خاف من ظالم يطلبه نسيئة أو تعذر عليه بيع النصف الآخر فلا بد من العلم بأن لا غرض للموكل في المأمور به بخصوصه قال وهذا وارد الا اني لم أجد ما يوافقه (قلت) لا اعتبار لهذه في نظر أهل العرف لان الاولوية العرفية تجري مجرى التصريح ثم انك قد سمعت ما في التحرير فان فيه ما يوافقه وزيادة لمن أجاد التامل ولا تغفل عما حكيناه عن الارشاد فانه والتحرير على طرفي نقيض وفي (التحرير) أنه لو باع بعضه (نصفه خ ل) باقل لم يلزم ابعاضا ولو وكله مطلقا فباع بعضه (نصفه خ ل) بأقل من ثمن المثل لم يجز ﴿ قوله ﴾ ﴿ وله بيع الآخر ﴾ كما في التحرير لانه مأذون له في بيعه واحتمل في التذكرة المنع لحصول غرض الموكل من الثمن فربما لا يؤثر بيع باقيه للاستغناء عنه وفي (جامع المقاصد) ان ضعفه ظاهر ﴿ قوله ﴾ ﴿ وكذا لو أمره ببيع عبدين بمائة فباع أحدهما بها ﴾ كما في التذكرة وجامع المقاصد ووجهه يعلم مما مر مع زيادة تقضي بالاولوية وهو انتفاء التشقيص وجواز بيع كل منهما بانفراده وغيره في التحرير كما تقدم وفي العبد الآخر الوجهان ﴿ قوله ﴾ ﴿ ولو وكله في شراء عبد معين بمائة فاشتراه بخمسين صح ﴾ كما في المبسوط والتذكرة والتحرير وجامع المقاصد لانه مأذون فيه عرفا مدلول عليه بالاولوية ﴿ قوله ﴾ ﴿ الا أن ينهه من الاقل ﴾ لا ريب في ذلك لانه اذا نهاه عن ذلك وجب عدم مخالفة النهي ﴿ قوله ﴾ ﴿ ولو قال اشتره بمائة لا بخمسين فاشتراه باقل من مائة او أزيد من خمسين صح ﴾ قد جزم بالصحة في الاولين في المبسوط والتذكرة والتحرير وجامع المقاصد وأما الاخير فقد قرب الصحة فيه في التحرير واستوجهها في التذكرة وجزم بها في جامع المقاصد ولا ترجيح فيه في المبسوط والوجه في الاولين يعرف مما تقدم من الاذن عرفا وانما يخرج عنه ما صرح بالنهي عنه ووجه الصحة في الاخير هو ما ذكر من عدم مخالفته صريح نهيه وثبوت الاذن عرفا فيما نقص عن المائة سوى المنهي فكان كما لو زاد على الخمسين الا ان يدل دليل على عدم الرضا بالشراء بما دون الخمسين ووجه العدم انه صرح بالنهي عن الخمسين فتضمن ذلك النهي عن الشراء بما دونها كذا ذكر في المبسوط ومعناه أنه لا دخل لخصوص الخمسين دون ما دونها فكأنه قال اشتره بمائة لا بخمسين ولا بما هو دونها ولعل عدم الصحة أصح ﴿ قوله ﴾ ﴿ ولو قال اشتر نصفه بمائة فاشترى اكثر منه بها صح ﴾ كما في التذكرة والتحرير وجامع المقاصد لمكان الاذن عرفا ﴿ قوله ﴾ ﴿ ولو قال اشتر عبدا بمائة فاشترى مساويها باقل صح ﴾ كما في التذكرة والتحرير وجامع المقاصد

ولو قال اشترلي شاة بدينار فاشترى شاتين ثم باع احدهما بالدينار فالوجه صحة الشراء ووقوف البيع على الاجازة (متن)

ومعناه انه قال له اشترلي عبدا كليا ولم يعينه بشخصه بمائة فاشترى عبدا مساويا للمائة باقل منها صح لمثل ما تقدم وكذا لو كان يساوي اكثر من مائة فاشتراه بها وان كان لا يساويها لم يجز وان كان يساوي (أكثرظ) مما اشتراه به ﴿قوله﴾ ﴿ ولو قال اشترشاة بدينار فاشترى شاتين ثم باع احدهما بالدينار فالوجه صحة الشراء ﴾ هو مذهبنا كما في الخلاف والمذهب كما في جامع المقاصد وفيه أيضا أنه مذهب الشيخ والاصحاب وهو خيرة المبسوط والتذكرة والتحرير والارشاد والايضاح وجامع المقاصد وفي الاخيرين انه لا بد من التقييد بكون كل واحدة تساوي دينارا أو احدهما اما اذا نقصت كل واحدة منهما عن دينار فان الشراء لا يلزم و يكون فضوليا وان كان مجموعهما يساوي أكثر من دينار لان المطلوب شراء شاة تساوي دينارا انتهى (قلت) قد نبه على ذلك في الخلاف والمبسوط والتذكرة والتحرير لانه قد يكون قد تعلق غرضه بكون الشاة مما يساوي دينارا فلا يكون ما ضم اليها ضارا بل هو مأذون فيه عرفا وعادة فيكون كما لو وكله في بيع شيء بدينار فباعه بدينارين مضافا الى رواية البارقي الصريحة في ذلك ويأتي في الرواية وجه آخر (وقد يقال) انه اذا كان المدار على الاذن العرفي والرضا فلا حاجة الى تقييد الشاة بكونها مما يسوى دينارا بل يكفي أن يسوى المجموع أكثر منه فان العرف يحكم بالاذن بذلك والرضا به (الا ان تقول) ان ذلك لا يعد اذنا عرفا وان دل على حصول الرضا من بعد بل لا بد من الدلالة عليه بالاولوية حتى تكون دلالة عرفية كما يأتي فيما اذا وكله في بيعه بمائة درهم فباعه بمائة دينار فانهم قالوا انه يتوقف على الاجازة اذ لا أولوية حينئذ نعم احتمل الاكتفاء بذلك في التذكرة وقال انه لا يتوقف على الاجازة وحينئذ يمكن أن يقال ان توكيله في شراء شاة بدينار لا يدل بالاولوية على شراء شاتين بدينار وان كان كل واحدة تسوى دينارا ولعله لذلك استدل بها على جواز الفضولي في الشراء كما يأتي ولذلك قال الشافعية في وجه لهم ان شراءهما مما لا يقع للموكل لكن ينظر ان اشترى في الذمة فللموكل واحدة بنصف دينار والاخرى للوكيل و يرد على الموكل نصف دينار وان اشتراهما بالعين فواحدة باذنه والاخرى بدون اذنه فيبنى الحكم فيها على حكم عقد الفضولي لولا ما يظهر من الخلاف وغيره من دعوى الاجماع الا ان تتأول الصحة ﴿ قوله ﴾ ﴿ ووقوف البيع على الاجازة ﴾ كما في التذكرة والتحرير والارشاد والايضاح وفي (جامع المقاصد) لا ريب في ان البيع فضولي وفي (المبسوط) ان فيه وجهين الصحة لان عروة باع احدى الشاتين فأمضى رسول الله صلى الله عليه وآله وسلم ذلك والثاني لا يصح لانه لم يأذن له في البيع قال وعلى هذا يكون عروة وكيلا مطلقا في التصرف فكان له الشراء والبيع على الاطلاق (قلت) وعلى أحد هذين الوجهين أعني الاجازة وكونه وكيلا مطلقا نزلوا الخبر المذكور واستدلوا به على جواز بيع الفضولي وشرائه وقد يقال يدفع الوجه الاول ان عروة سلم الشاة الى المشتري ومكنه من التصرف فيها بالذبح والاكل والبيع وغيرها ولم يقل له امض معي الى رسول الله صلى الله عليه وآله وسلم ليجيز ذلك وأقره رسول الله صلى الله عليه وآله وسلم فينبغي ان يكون عروة وكيلا عاما في بيع امواله مطلقا او صريحا في مثل ذلك كما نبه عليه في مجمع البرهان لكن يبعدها معا جدا صدر الخبر كما ستسمع بل ربما أشعر بخلاف ذلك مضافا الى انه يشترط في الثاني أن يكون تابعا والاول

ولو امره بشراء سلعة معينة فاشتراها فظهر فيها عيب فالاقرب ان للوكيل الرد بالعيب ولو قال بع بالف درهم فباع بالف دينار وقف على الاجازة (متن)

على خلاف وأبعد منها أو مثلها أن يقال انه مأذون فى ذلك عرفا وقد سمعت ما في جامع المقاصد من نفيه الريب عن انه فضولي فيتعين أن يكون دليلا على صحة الفضولي بيعا وشراء لان تقريره صلى الله عليه وآله وسلم على الشراء والبيع يقضي بان عقد الفضولي لا يقع باطلا في أصله بل يقع صحيحا قاطعا رضي النبي صلى الله عليه وآله وسلم في الشراء والبيع والتسليم وقبض الثمن لزم ذلك كله وعلى هذا لا يكون الشراء من باب الاذن العرفي بل من باب الفضولي لولا ماسمعت الا أن تناوله كما عرفت والرواية هكذا ان النبي صلى الله عليه وآله وسلم عرض له جلب فاعطى عروة البارقي دينارا ليشتري به شاة للاضحية وفي نقل آخر قال اشتري لنا به شاة فاتيت الجلب فاشتريت شاتين بدينار فجئت اسوقهما أو أقودهما فلقيني رجل بالطريق فساومني فبعت منه شاة بدينار واتيت النبي صلى الله عليه وآله بالدينار والشاة فقلت يا رسول الله هذا ديناركم وهذه شاتكم فقال وكيف صنعت فحدثته فقال اللهم بارك له في صفقة يمينه وفي نقل آخر قال له صلى الله عليه وآله بارك الله لك في صفقة يمينك وهذا يقضي بانه لايحتاج في الفضولي الى قول المالك أجزت وأمضيت البيع بل يكفي الالفاظ التي يستفاد منها ذلك وأما العلم بالرضا من دون اللفظ فلا يكفي وقد تقدم لنا في بيع الفضولي مالم يوجد مثله في كتاب ﴿ قوله ﴾ (ولو امره بشراء سلعة معينة فاشتراها فظهر فيها عيب فالاقرب ان للوكيل الرد بالعيب) قد استشكل المصنف فيه فيما تقدم وقد تقدم الكلام فيه في أواخر المطلب الاول وفيه رجوع عن الاشكال الى الفتوى ﴿ قوله ﴾ (ولو قال بع بالالف درهم فباع بالف دينار وقف على الاجازة) كما في التحرير وجامع المقاصد وأول كلامه في التذكرة قال في التحرير لو كان الثمن أو بعضه من غير الجنس افتقر الى الاذن (وقال في التذكرة) اذا اذن له في البيع بمائة درهم فلو باعه بمائة دينار أو بمائة ثوب أو بمائة دينار وعشرين درهما أو بهما كان غير ماعين له لم يصح لان الماتي به غير المأمور بتحصيله ولا هو مشتمل على تحصيل ماأمر بتحصيله ثم احتمل قويا جواز البيع بذلك ونحوه الا ان يكون له غرض صحيح في التخصيص بالدراهم لاستفادة الاذن في ذلك عرفا فان من رضي بدرهم رضي مكانه بدينار فجرى مجرى ماذا باعه بمائة درهم ودينار ومنع أولا بيعه بالثياب لانها من غير الجنس ثم احتمل مع الزيادة الجواز ثم ذكر في وكيل الشراء انه لوقال له اشتره بمائة دينار فاشتراه بمائة درهم فالحكم فيه كالحكم فيما لو قال له بعه بمائة درهم فباعه بمائة دينار ثم قال الاقرب الجواز انتهى (قلت) وقضية ذلك اعني ما في التذكرة انه يكفي في مسئلة عروة كون مجموع الشاتين يساوي أكثر من دينار ولا يحتاج الى تقييد الشاة بكونها مما تساوي دينارا وهذا ما اشرنا اليه فيما تقدم وقد استبعد المقدس الاردبيلي محتمل التذكرة وأورد عليه في جامع المقاصد بنحو ماذكرناه في خبر عروه بان القرائن العرفية وان دلت على حصول الرضا بذلك التصرف الا ان ذلك لايعد اذنا ولانه لايكفي حصول الرضا بعد بل لابد من حصوله قبل التصرف اما لصريح الاذن او لدلالته عليه بطريق اولى وانما يكون ذلك حيث يكون المسكوت عنه من جنس مذكور لفظا وبان فتح هذا الباب يفضي الى الحكم على مال الغير بمجرد التخمين ومال الغير يجب أن تكون صيانته وحرمته أزيد من ذلك نعم لو احتف التوكيل بقرائن قوية تشهد بشيء معين لم استبعد التعويل عليها ولا ينافي

وليس التوكيل في الخصومة اذنا في الاقرار ولا الصلح ولا الابراء ولو وكله على الصلح عن الدم على خمر ففعل حصل العفو كما لو فعله الموكل (متن)

ذلك مما قاله في التذكرة فيما اذا اذن له في البيع بمائة درهم فباعه باكثر من مائة درهم فان كانت الكثرة من غير الجنس مثل ان يبيعه بمائة درهم وثوب جاز عند علمائنا سواء كانت الزيادة قليلة أو كثيرة وسواء كانت الزيادة من الاثمان أم لا انتهى لانهم يفرقون بين ما اذا كان الثمن أو بعضه من غير الجنس و بين ما اذا حصل الثمن وكانت الزيادة عليه من غير جنسه فان هذا جائز قد نص عليه في ما يأتي في الكتاب والتحرير وجامع المقاصد جازمين به وقوا في المبسوط بعد ان ذكر فيه وجهين الصحة وعدمها ثم نمت الوجهين بانهما قولان (قلت) هما لاصحاب الشافعي وعن الشهيد أنه يصح فيما قابل المائة ويقف فيما قابل الثوب على الاجازة كما يأتي بيانه ﴿ قوله ﴾ (وليس التوكيل في الخصومة اذنا في الاقرار) اجماعا كما في التذكرة وقد جزم بذلك في الارشاد والتحرير وجامع المقاصد ومجمع البرهان لعدم دلالته عليه بشيء من احدى الدلالات وقد استشكل فيما تقدم في صحة التوكيل على الاقرار وقد وقع في عبارة النهاية وكذا المقنعة وفقه القرآن والمراسم والكافي والغنية ما يظهر منه ان التوكيل في الخصومة اذن في الاقرار وقد حكيناها برمتها وتكلمنا في دلالتها عند قوله وقيل يجوز وينضبط التصرف بالمصلحة وقد نبهنا هناك على ما هنا ولم أجد من تنبيه له في المقامين وقال جماعة من العامة أنه يقبل اقراره لان الاقرار احد جوابي الدعوى فيصح من الوكيل في الخصومة كالانكار (وفيه) ان الاقرار يمنع على الموكل الانكار ولا كذلك الانكار ثم أنه يسقط حق الموكل من الخصومة ولا كذلك الانكار فافترقا ﴿ قوله ﴾ (ولا الصلح ولا الابراء) لم يخالف في ذلك احد من الخاصة والعامة ولذلك قال في التذكرة لا نعلم فيه خلافا لعدم دلالته على شيء من ذلك باحدى الدلالات الثلاث وليعلم ان وكيل المدعي يملك الدعوى واقامة البينة وتعديلها والتحليف وطلب الحكم على الغريم والقضاء وبالجملة كلما وقع وسيلة الى الاثبات ووكيل المدعى عليه يملك الانكار والطعن في الشهود واقامة بينة الجرح ومطالبة الحاكم بسماعها والحكم بها وبالجملة عليه السعي ما أمكن نص عليه كله في التذكرة ﴿ قوله ﴾ (ولو وكله عن الصلح عن الدم على خمر ففعل حصل العفو كما لو فعله الموكل) كما في التذكرة والارشاد وكأنه يظهر من الايضاح في المقام وقد جزم به في باب الصلح وادعى عليه الاجماع وقد وجهه في التذكرة بان الصلح على الخمر وان كان فاسداً فيما يتعلق بالعوض لكنه صحيح فيما يتعلق بالقصاص فيصح التوكيل فيما لو فعله الموكل بنفسه لصح لانا نصحح التوكيل في العقد الفاسد انتهى (وحاصله) ان الموكل اذا قال صالحت عن الدم الذي استحقه بمائة رطل من خمر كان كأنه قال عفوت على مائة رطل من خمر ولما لم يجز له أخذ الخمر عوضا كان كالمتبرع بالعفو مع بناء العفو على التغليب والمسامحة وهو متوجه بالنسبة الى الموكل في صورة العلم دون الجهل وقد وجهه بالنسبة الى الوكيل بانه يصح التوكيل في العقد الفاسد فيما لو فعله الموكل بنفسه لصح (وفيه) أنه قد سبق له في كتبه الثلاثة أنه لا يصح التوكيل في العقد الفاسد كما مر بيانه وان التوكيل غير مشروع فلا يترتب عليه أثره وكونه بحيث لو فعله الموكل لحصل العفو لا يقتضي حصوله بفعل من ليس بوكيل شرعا ولهذا لو وكله في شراء فاسد وقبض المبيع لا يتعلق الضمان بالموكل لان يده ليست يده وان كان لو فعله الموكل بنفسه تعلق

ولو صالح على خنزير او أبراه فاشكال وليس للوكيل بالخصومة ان يشهد لموكله فيها (متن)

به الضمان و بناء العفو على التغليب لا يقضي بحصوله بالعقد المنهي عنه شرعا اذ لا دليل عليه لان الفاسد لا يترتب عليه اثر ثم انا لا نجد لهذه الكلمة موضعا كما أوضحناه في باب الوقف فيما اذا جنى على العبد الموقوف وعفى الموقوف عليهم الموجودون قبل لمن بعدهم من البطون الاستيفاء وقد استشكل في باب الصلح في حصول العفو لو صالحه عن القصاص بخمر ولهذا قال في جامع المقاصد ان الاصح بقاء القصاص واليه مال أو قال به المقدس الاردبيلي لكن يأتي على ذلك كله أنه قال في صلح الايضاح أنه وقع الاتفاق على أنه لو وكل في الصلح بخمر فصالح الوكيل سقط القصاص مجانا كما تقدم بيان ذلك عند قوله ولو وكله في عقد فاسد لكنا قد تقدم لنا الجمع بما يرتفع به الخلاف وتتم به الكلمة ﴿قوله﴾ (ولو صالح على خنزير أو ابرأ فاشكال) يريد أنه اذا وكله في الصلح عن القصاص على خمر فخالف وصالح على خنزير ففي (التذكرة) أنه لغو ويبقى القصاص مستحقا كما كان وبه جزم في الارشاد ومجمع البرهان وفي (الايضاح وجامع المقاصد) أنه الاقوى لمكان المخالفة لانه لم يفعل ما أمره به وهو أظهر وجهي الشافعية والوجه الثاني لهم حصول العفو لانه قد رضي باسقاطه من دون عوض لانه لا يملك الخمر فهو بمنزلة التوكيل في الاسقاط والابراء بأي طريق كان فحينئذ لو صالح على ما يصح عوضا كالعبد والثوب صح وقد يقال أنه اذا خالف وصالح على خنزير صح ولا كذلك اذا ابرأ أو صالح على ما يصح عوضا لظهور ارادة الاستخفاف اذ المفروض العلم بعدم الصحة فليتأمل ﴿قوله﴾ (وليس للوكيل في الخصومة أن يشهد لموكله فيها) كما في المبسوط والشرائع والتذكرة والتحرير والارشاد وجامع المقاصد وشهادات السرائر والتحرير والمسالك وكذا الكفاية وفيها أنه المشهور وقد تتبعت كلامهم في الباب وباب الشهادات فلم اجد لهم غير ما سمعت الا قولهم تقبل شهادة الوكيل والوصي في جرح شهود المدعي على الموكل او الميت فيما وكل فيه او اوصى اليه فيه لانهما يدفعان بذلك سقوط ولايتهما ان لم يكن لهما اجرة ذكر ذلك في السرائر والشرائع والكتاب والتحرير والارشاد والمسالك وكشف اللثام قالوا لانها تدفع ضررا ولم اجد من تأمل في ذلك في البابين في المقامين قبل المقدس الاردبيلي ولا نقل احد منهم فيه خلافا حتى من العامة فانه لم ينقل فيه خلاف عنهم في المبسوط ولا في التذكرة غير صاحب الكفاية فانه نقل الخلاف عن ابن الجنيد وهو وهم لانهم انما حكوا عنه الخلاف في الوصي قالوا انه قبل شهادة الوصي بمال اليتيم وكأنه مال اليه كاشف اللثام حيث قال في الوصي ان المشهور رد شهادته للتهمة بالولاية على المال وحكى الخلاف عن ابي علي وايد قوله بمكاتبة الصفار وفيها ظهور او نوع اشعار بالقبول ثم قال وفي تأثير هذه التهمة وخصوصا فيما لا اجرة له على حفظه اواصلاحه انتهى فان قلنا ان الوكيل والوصي من واد واحد والحكم فيهما واحد كان ابو علي مخالفا وكاشف اللثام متأملا وان قلنا ان حكمهما مختلف لم يكن لتلك تعلق بهذه ولهذا لم يخالف في الوكيل ابو علي ولا تأمل فيه كاشف اللثام بل جزم به كما سمعت لكن فيه ان الناس على عدم قبول شهادة الوصي ا كثر من الناس على عدم قبول شهادة الوكيل ولعل ذلك لمكان مكاتبة الصفار الاخرى المشعرة بعدم القبول وان حكمهما واحد لكن خلاف ابي علي وتأمل كاشف اللثام لا يضره كما لا يضره خلو بقية الكتب عنه في البابين وان كان قد يلوح من بعضها أنه تقبل شهادته حيث يذكرون من ترد شهادته للتهمة ويذكرون الوصي

الا اذا عزله قبل الخصومة ولو وكل اثنين بالخصومة ففي انفراد كل منهما اشكال (متن)

والشريك وغيرهما ولا يذكر كونه لكن فيه انه قد يظهر او يلوح من المبسوط والتذكرة انه لا خلاف فيه بين المسلمين (وكيف كان) فالوجه في ذلك في المقامين التهمة ولان شهادته له في الاول تجر له ولاية ونفعا وتدفع عنه في الثاني اي جرح الشهود ضررا وفي (مجمع البرهان) انا لا نسلم ان مطلق الولاية والوكالة نفع بل قد تكون ضررا وكون مثلها مانعا من قبول شهادة العدل المقبول يحتاج الى الدليل بعد الدليل على قبول شهادة العدل المتصف بالشرائط سوى هذا المتنازع فتأمل انتهى وقد نبه على ذلك صاحب الحدائق وقد تشعر عبارة الكفاية بذلك وهو كما ترى اذ لا ريب ان الوصاية والوكالة ولاية وسلطان والغالب في الناس تطلبهما وميل النفوس اليهما وان تركهما من تركهما لامور أخر كخوف الاشكال والمنع عن امور معاشه واشغاله (واشتغاله ظ) ﴿ قوله ﴾ ﴿ الا اذا عزل قبل الخصومة ﴾ يريد أنه اذا عزله عن الوكالة قبل الشروع في الخصومة وشهد له في ذلك قبلت كما في المبسوط والشرائع والتحرير والارشاد والتذكرة وجامع المقاصد والمسالك ومجمع البرهان وظاهر الاربعة الاخيرة الاجماع عليه حيث قالا في الاولين عندنا وقصر الخلاف في الثالث على بعض العامة ونسبه في الاخير الى الاصحاب لعدم التهمة حينئذ لأنه ما اثبت خصما ولا اثبت لنفسه حقا فاشبه ما لو شهد قبل التوكيل وبه قال ابو حنيفة والشافعي في أصح الوجهين وله وجه آخر بالعدم وان كان قد خاصم حال وكالته ثم عزل وشهد لم تسمع كما هو صريح بعض ما ذكر ومفهوم البعض الآخر الذي عبر بعبارة الكتاب ونحوها لانه حينئذ متهم يريد تمشية قوله واظهار الصدق فيما ادعاه أولا ومثله في عدم القبول ما اذا اقامها حال وكالته ثم ردت لتهمة الوكالة كما هو نص التحرير والارشاد ومجمع البرهان وهذا كله اذا جرى الامر على التواصل واما اذا طال الفصل فظاهر كلام المصنف التردد في القبول وفي (جامع المقاصد) ان كلا من الامرين محتمل قلت الظاهر القبول مع كثرة الطول ومنه يعلم أنه لا نزاع في قبول شهادة الوكيل على الموكل ولا في قبولها له فيما لا ولاية له عليه مطلقا كما في مجمع البرهان وقد نفى عنهما الريب في جامع المقاصد وهو كذلك وقد نص على قبول شهادته له فيما لا ولاية له عليه في الكتاب فيما يأتي والمبسوط والشرائع والتذكرة والتحرير وجامع المقاصد وعلى قبولها عليه في الكتاب أيضا وفيما ذكر بعده فبعض بالمنطوق وبعض بالفحوى والمفهوم ﴿ قوله ﴾ ﴿ ولو وكل اثنين بالخصومة ففي انفراد كل منهما اشكال ﴾ اصحه عدم جوازه كما في الايضاح وجامع المقاصد وهو الحق كما في التذكرة وبه جزم في المبسوط والشرائع والارشاد والمسالك ومجمع البرهان لان الاصل عصمة مال المسلم فليس لاحدهما أن ينفرد بالتصرف حتى يوافقه الآخر ولان توكيل الاثنين يؤذن بعدم اكتفائه بكل منهما مفردا والتعاضد مطلوب في اظهار الحجة ولا عسر في الاجتماع كما لو وكلهما في البيع ونحوه أو أوصى اليهما أو وكلهما بحفظ متاع فانهما يحفظانه معا والجواز خيرة أبي علي حكاه عنه في الايضاح انه (لانه ظ) يعسر اجتماعهما على الخصومة ويحصل الغرض بكل منهما لان الغرض نشر الدعوى واحضار الجواب عند الحاكم ولا فرق في ذلك بين الاجتماع والانفراد بخلاف البيع ونحوه مما يفتقر الى تعاضد الاراء وعلى الاول لو مات احدهما أو غاب لم يكن للآخر التصرف ولا للحاكم اقامة آخر مقامه الا ان يحتاج الى ذلك فانه أولى من عزله بالكلية ونصب غيره كما تقدم بيانه وبيان معنى اجتماعهما ﴿ قوله ﴾ ﴿ ولو وكله في الخصومة لم

ولو وكله في الخصومة لم يقبل اقراره على موكله بقبض الحق ولا غيره في مجلس الحكم وغيره ولو اذن له في تثبيت حق لم يملك قبضه وبالعكس ولو وكله في بيع شيء أو طلب شفعة أو قسمة لم يملك تثبيتها ولو قال اقبض حقي من فلان فله القبض من وكيله لا من وارثه لو مات ولو قال اقبض حقي الذي على فلان كان له مطالبة الوارث (متن)

يقبل اقراره على موكله بقبض الحق ولا عبرة بمجلس الحكم ولا غيره ﴾ كما صرح بذلك كله في التحرير ونحوه ما في جامع الشرائع وفي (التذكرة) الاجماع عليه قال لو أقر وكيل المدعى عليه بالحق المدعى لم يقبل سواء اقر في مجلس الحكم أو غيره عند علمائنا أجمع وقد تقدم الكلام فيه ﴿ قوله ﴾ ﴿ ولو اذن له في تثبيت حق لم يملك قبضه وبالعكس ﴾ كما في الشرائع وجامع الشرائع والتذكرة والتحرير والارشاد وجامع المقاصد والمسالك ومجمع البرهان وكذا المبسوط حيث جزم به في صورة الاصل وحكى القولين من دون ترجيح في صورة العكس والوجه فيهما انه ان أحدهما غير الآخر فلا يكون التوكيل في أحدهما توكيلا في الآخر والمراد انه لو وكله في اثبات حق له على غيره لم يملك قبض ذلك الحق ولا استيفاءه لانه قد لا يأتمنه على ذلك واللفظ لم يتناوله لغة ولا عرفا ولا يجوز له استيفاء الحد والقصاص بحال ولو وكله في القبض فجحد من عليه الحق لم يملك الاثبات لا فرق في ذلك بين العين والدين وقال ابو حنيفة ان كان دينا ملك الاثبات دون العين وقد يقال اذا كان الموكل عالما بجحود الغريم كان التوكيل في القبض توكيلا في اثبات الحق لانه مقدمته لتوقف القبض عليه (وفيه) ان احتمال رجوع الغريم عن الجحود ممكن كما ان احتمال انه اذا صر على جحوده استناب غيره في تثبيته لانه ابصر منه قائم فلا توقف لكن هذا يقضي بانه مع العلم بالجحود والاصرار يكون وكيلا في الاثبات ﴿ قوله ﴾ ﴿ ولو وكله في بيع شيء أو طلب شفعة أو قسمة لم يملك تثبيتها ﴾ كما في التحرير وجامع المقاصد وهو قضية كلام التذكرة لما تقدم في مثله من ان أحدهما غير الآخر وكونه طريق اليه عند الجحود لا يستلزم تعلق التوكيل به ﴿ قوله ﴾ ﴿ ولو قال اقبض حقي من فلان فله القبض من وكيله لا من وارثه لو مات ولو قال اقبض حقي الذي على فلان كان له مطالبة الوارث ﴾ كما صرح بذلك كله في المبسوط والشرائع والتذكرة والتحرير والارشاد وجامع المقاصد والمسالك ومجمع البرهان لان الفرق بين الصيغتين ظاهر لانه في الاولى اذا مات فلان تعذر الآخر منه بعد موته فهو بمنزلة تلف ما وكل فيه فلا يكون له الاخذ من ورثته لان الوكالة في أخذ الحق من فلان لا تستلزم الوكالة في الاخذ من تركته باحد الدلالات بل له الاخذ من وكيله لان يده يده وبانه ان من متعلقه بالقبض ومبدءها الغريم فصار مبدء القبض ومنشؤه فلان الغريم فلا يتعدى الى وارثه وليس الوارث كالوكيل فان الوكيل نائب والوارث مالك واستوضح ذلك فيما لو حلف على فعل شيء فانه يحنث بفعل وكيله لا بفعل وارثه وجملة الموصول والصلة في الصيغة الثانية صفة الحق ولا تعرض فيها للمقبوض منه فالوكيل يتبع الحق حيث ما وجد وهذه الصفة للتوضيح والتشخيص ان لم يكن له حق على أحد غير هذا الحق فتكون كالصفة في قولنا اعط ابني الصائم أو القائم فان له اعطاءه وان افطر او قعد فلا اشعار فيها بحصر القبض من فلان وان كان له حق على غير فلان فالامر أوضح من ان يحتاج الى البيان فانها تكون للاحتراز عن الدين الآخر الذي في ذمة الآخر ولك أن تقول ان ذلك كله انما يتم بملاحظة اللغة والا فالعرف لا يفرق بينهما الا ان تقول

ولو اذن لعبده في عتق عبيده او لغريمه في ابراء غرمائه او حبسهم او لزوجته في طلاق نسائه فالاقرب دخول المأذون ﴿ المطلب الثالث ﴾ في حكم المخالفة اذا خالفه في الشراء فان اشترى في الذمة ثم نقد الثمن صح ان اطلق ووقع له ان لم يجز الموكل (متن)

أنه اذا تفطن فرق فتأمل ﴿ قوله ﴾ (ولو اذن لعبده في عتق عبيده أو لغريمه في ابراء غرمائه أو حبسهم أو لزوجته في طلاق نسائه فالاقرب دخول المأذون) ظاهر الايضاح الدخول ووافق في التحرير في عتق العبيد وابراء الغرماء وطلاق النساء وخالف في حبس الغرماء وخصومتهم فقرب عدم الدخول ونص في المبسوط على عدم الدخول في ابراء الغرماء وحبسهم وطلاق النساء وفيما اذا وكله في تفريق ثلثه في الفقراء والمساكين وفي (جامع المقاصد) أنه لا يخلو من قوة ولا ترجيح في جامع الشرائع وجه القرب ان اللفظ عام فيجب التمسك به لانتفاء المخصص بناء على ان المخاطب يدخل في عموم الخطاب ولا مانع الا كونه مخاطبا وهو غير صالح للمانعية ويحتمل العدم بناء على عدم دخوله فان ذلك هو المتبادر الى الفهم عرفا فان كون الشخص مشتقا معرفا لا ينتقل الذهن اليه عند الاطلاق ولا يتفاهمه أهل العرف وقد تقدم الكلام فيه في باب المكاسب مسبغا مشبعا ﴿ قوله ﴾ (المطلب الثالث في حكم المخالفة اذا خالفه في الشراء فان اشترى في الذمة ثم نقد الثمن صح ان اطلق ويقع له ان لم يجز الموكل) المخالفة تكون في جنس الفعل أو صنفه أو وصفه ومن المخالفة ان يأمره بشراء عبد فيشتري جارية وان يأمره بالشراء بثمن معين فيزيد عليه ويشتري في الذمة والمراد بالاطلاق عدم اضافة الشراء الى الموكل لفظا مع قصده نية حتى يصح ان يترتب عليه ما بعده وقد صرح بوقوع الشراء مع المخالفة والشراء في الذمة في المبسوط وجامع الشرائع والشرائع والارشاد والتذكرة والتحرير والايضاح وجامع المقاصد والمسالك ومجمع البرهان والكفاية مع التقييد في بعضها بما اذا لم يجز الموكل ولكن لا تصريح في الشرائع والارشاد والكفاية بكون الشراء في الذمة لكنه ظاهر منها (وليعلم) ان مثل المخالفة ما اذا أنكر الموكل الوكالة كما صرح به جماعة وقد قيد المصنف هنا وفي التحرير المخالفة المذكورة بما اذا نقد الثمن وهو ظاهر كلام التذكرة وفي (جامع المقاصد) أنه لا فائدة لقوله ثم نقد الثمن لان الحكم ثابت مع المخالفة المذكورة سواء نقد الثمن أم لا ولعل غرضه انه ان نقد الثمن من ماله لم يمتنع أن يقع للموكل ان اجازه كما قد يتوهم وان نقده من مال الموكل لم يمتنع ان يقع للوكيل ان لم يجز الموكل كما ستسمعه عن العميدي (وكيف كان) فالظاهر ان مرادهم ان النية تلغى لان الخطاب معه وقد اضاف الشراء الى نفسه ولم يذكر الموكل لفظا ولم يشتر بعين المال وقد خالف ما أمره به فتلغى النية كما اذا أحرم النيرشم أفسد حجه فانه ينقلب له (الا أن تقول) ان المفروض انه اضافه للموكل ونواه بالشراء ولم ينو نفسه والعقود تابعة للقصود فلا يقع له في نفس الامر ولا للموكل ويبقى على ملك البائع وانما يقع للوكيل ولو أخذ به في ظاهر الشرع كما نبه عليه في الايضاح (وقال في جامع المقاصد) انه كلام صحيح وان عبارة الكتاب لا تأباه قلت وبقية العبارات لا تأباه حتى كلام المبسوط كما ستسمعه لكن قد تقدم في باب المضاربة ان العامل اذا خالف واشترى في الذمة بنية مال القراض ولم ينو نفسه أنه يقع له والثمن عليه وقد صرح به هناك جماعة كثيرون ولم يلتفتوا الى نية القراض ولا الى ذكره في متن العقد وقد اعترضنا عليه هناك بما ذكرناه هنا فليلحظ (وكيف كان) فهذا العقد يقع موقوفا في نفس الامر على اجازة الموكل

وان أجاز فالاقرب وقوعه له وان اضاف الشراء للموكل وقف على الاجازة وان اشترى بالعين وقف على الاجازة (متن)

فان لم يجز كان باطلا في نفس الامر ويقع لازما في ظاهر الشرع ويتخلص من البائع بما يأتي ولو قلنا بان عقد الفضولي يقع باطلا قلنا بانه يقع للوكيل ظاهرا لا في الواقع (وقال في المبسوط) لزمه البيع لان التصرف لغيره في الذمة يلزمه اذا لم يلزم ذلك الغير الذي تصرف له فيه انتهى وهو لا يأبى أن يكون المراد لزمه البيع في ظاهر الشرع وان لم يقل بالفضولي أنه (لانه ظ) قال في الشرائع كل موضع يبطل فيه الشراء للموكل فان كان سماه لم يقع عن احدهما وان لم يكن سماه قضي به على الوكيل و بذلك عند (عبر ظ) المصنف فيما يأتي من الكتاب ومرادها كل موضع يبطل فيه الشراء للموكل ويحتمل وقوعه للوكيل تنظر مال الوكيل باعتبار التسمية وعدمها وكل ذلك انما يكون اذا كان الشراء في الذمة ولم يجز المالك الموكل فاذا أوقع الصيغة على عين مال الموكل ولم يجز فلا مجال لاحتمال وقوعه للوكيل لانه يصير بمنزلة ظهور استحقاق أحد العوضين فلا معنى لقوله في المسالك لا بد من تقييده بعدم الشراء بعين مال الموكل والابطل العقدان لم يجزه المالك ثم انه سيأتي قريبا انه ان اشترى بعين مال المالك ولم يجز ولم يصدقه البائع بانه اشترى بمال المالك انه يقع له ظاهرا او يضمن للمالك الثمن المدفوع ﴿قوله﴾ ﴿وان أجاز فالاقرب وقوعه له﴾ كما هو قضية كلام كل من قال بصحة الفضولي لانه عقد فضولي فيقف على الاجازة كما هو واضح واحتمل الفاضل عميد الدين فيما حكي عنه ان لا يقع للموكل لانه لما اشتراه على خلاف ما أمره به ولم يذكره في العقد ولم يشتر بعين المال بل في ذمته وجب أن يقع للوكيل فلا ينتقل بالاجازة الى الموكل لان الاجازة لا تنقل ما هو مملوك الغير ملكا مستقرا الى غيره (وفيه) ان العقود تابعة للقصود فكيف يقع للوكيل ولم ينوه الا ان يكون أراد في ظاهر الشرع فتأمل وقد يكون عدم وقوعه للموكل لتقدم نهيه عنه فيكون كعدم رضاه به بعده عنده ولعله أراد أن المصنف اراده بغير الاقرب اذ لم تقف على كلامه اذ لا يناسب من المصنف القائل بصحة الفضولي ان يريد بغير الاقرب بطلان الفضولي مضافا الى تركه فيما بعده مع أنهما من واد واحد فليتأمل ﴿قوله﴾ ﴿وان أضاف الشراء الى الموكل وقف على الاجازة﴾ كما في التذكرة والمسالك وعليه استقر رأيه في التحرير وفي (جامع المقاصد) أنه يقف على الاجازة لامحالة (قلت) واليه يرجع كلام الشرائع والارشاد والكتاب فيما يأتي في آخر المطلب حيث قيل فيها كل موضع يبطل الشراء للموكل فان كان سماه عند العقد لم يقع عن احدهما اذ معناه أنه لا يقع عن الوكيل لانه خص الشراء بالموكل لفظا ونية والعقود تتبع القصود ولا يقع عن الموكل لمخالفته أمره وقضية ذلك ان يكون فضوليا يقف على الاجازة وهيا في الكتب الثلاثة ممن يقول بصحة الفضولي ثم كلام المبسوط لا يرجع الى ذلك قال فيه وجهان أحدهما انه يبطل البيع ولا يلزم الوكيل والثاني أنه يلزم الوكيل لانه تصرف مطلقا في الذمة لغيره فاذا لم يلزم ذلك الغير لزمه هو كما اذا لو لم يذكر انه يشتري لموكله والاول اصح انتهى ولم يتعرض المصنف هنا لاحتمال البطلان لا بلفظ الاقرب ولا بغيره وهذا يقضي بان الاحتمال القابل للاقرب فيما قبله غير القول بالبطلان في الفضولي كما نبهنا عليه آنفا والمراد باضافة الشراء الى الموكل ذكره لفظا ﴿قوله﴾ ﴿وان اشترى بالعين وقف على الاجازة﴾ كما في التحرير وجامع المقاصد والمسالك

فان فسخ الموكل بطل ثم ان صدقه البائع أو ثبت بالبينة وجب عليه رد ما أخذه والا حلف وضمن الوكيل الثمن المدفوع ولو خالفه بالبيع وقف على الاجازة ولو أذن له في الشراء بالعين فاشترى في الذمة كان له فسخ (متن)

وكذا التذكرة وجزم في المبسوط وموضع من التذكرة ببطلان البيع اذا كان حين الشراء ذكر انه يشتريها للموكل ولم يتعرض لتوقفه على الاجازة وقالا ان لم يذكر في العقد أنه لموكله وادعى أنه نواه فان صدقه البائع بطل البيع وان كذبه حلف البائع على نفي البيع انتهى ولا فرق في توقفه على الاجازة حيث يكون الشراء بعين المال بين أن يكون اضافه الى الموكل لفظا ونية أو نية فقط ام لم يضفه لانه كالمخالفة في البيع كما ستسمع ولا بد من فرض ذلك أنه وقع بعد قبض الثمن ليصح ترتب كلامه الى آخر المسئلة عليه كما ستعرف ولو قال وكذا لو اشترى بالعين لكان الى آخره أجود ﴿ قوله ﴾ (فان فسخ الموكل بطل) لانه يصير كظهور استحقاق أحد العوضين وعليه نص في التذكرة والتحرير وجامع المقاصد وقد سمعت انه جزم في المبسوط والتذكرة بالبطلان مطلقا ﴿ قوله ﴾ (ثم ان صدقه البائع أو ثبت بالبينة وجب عليه رد ما أخذ) أي فان صدق البائع المشتري بان المال للموكل وانه خالفه أو قامت البينة بذلك وجب على البائع رد الثمن الذي أخذه لظهور بطلان البيع وبه صرح في التحرير وجامع المقاصد وعليه نص في المبسوط والتذكرة في صورة التصديق ولعل الوجه في عدم تعرضهما للبينة لانها لا تسمع عندهما هنا لانه مكذب لها ﴿ قوله ﴾ (والا حلف وضمن الوكيل الثمن المدفوع) كما في التحرير وجامع المقاصد ومعناه أنه ان اتفق الامران كان القول قول البائع مع يمينه وحلف على نفي العلم بان هذا الثمن لموكله ان ادعى الوكيل عليه العلم ويحكم بالبيع ظاهرا للوكيل وعلى ذلك كله نص في المبسوط والتذكرة في صورة عدم التصديق ويجب عليه للموكل عوض الثمن المدفوع لاعترافه بانه عاد مخالف وقد وقع في الشرائع والكتاب فيما يأتي والارشاد ان كل موضع يبطل الشراء للموكل فان سماه عند العقد لم يقع عن أحدهما والا قضي به على الوكيل كما ذكرناه آنفا وقضية ذلك أنه لا يحكم هنا بالبيع ظاهرا للوكيل اذا حلف البائع على نفي العلم لقولهما ان سماه لم يقع عن أحدهما (فان قلت) مرادهما في الكتب الثلاثة لا يقع عن احدهما في نفس الامر وهنا وقع للوكيل ظاهرا لا في نفس الامر (قلت) قولهما والا قضي به على الوكيل ظاهرا وفي الظاهر يظهر منه أنهما أرادا في الاول عدم الوقوع عن أحدهما ظاهرا وباطنا والا لم يكن للتفصيل وجه الا ان يقول ان المراد سماه وقد سمع الباقي وقد سمعت كلام المسالك آنفا في ذلك وجوابه فلا تغفل ولا يجيئ ما في جامع المقاصد من تفسيره تصديق البائع وعدمه بالمخالفة وعدمها بل الاولى كما في المبسوط من تصديقه بان المال للموكل وعدمه وليس لك ان تقول انه لا بد من فرض المخالفة اذ لعله لا يصدقه البائع لان المسئلة مفروضة في صورة المخالفة ﴿ قوله ﴾ (ولو خالفه في البيع وقف على الاجازة) في كل صور المخالفة كما صرح به في التذكرة وجامع المقاصد فلو قال له بع هذا العبد فباع عبدا آخر فهو فضولي في بيع الآخر لانه غير مأذون له فيه فكان كالاجنبي بالنسبة اليه وذلك بخلاف مسئلة الشراء فانه قد يشتري في الذمة ولا يضيف الى الموكل فيقع له مع عدم الاجازة كما تقدم بيانه وبيان ما فيه والحاصل ان البيع في جميع صور المخالفة كالشراء بعين مال الموكل عند المخالفة وفي السرائر أنه لو خالفه في البيع كان باطلا ﴿ قوله ﴾ (ولو أذن له في الشراء بالعين فاشترى في الذمة كان له

ولو انعكس احتمل اللزوم لان اذنه في عقد يوجب الثمن مع تلفه يستلزم الاذن في عقد لايوجب الثمن الا مع بقائه والبطلان للمخالفة وتعلق الغرض وهو تطرق الشبهة في الثمن أو كراهية الفسخ بتلف العين ولو باع بدون ثمن المثل وقف على الاجازة وكذا لو اشترى باكثر منه ولو اذن له في تزويج امرأة فزوجه غيرها (متن)

الفسخ ﴾ وجها واحدا كما في جامع المقاصد وهو كذلك لانه لم يذكر فيه في المبسوط ولا التذكرة غيره وقد حكينا فيما سلف عن جماعة كثيرين من أصحابنا أنه لو أذن له بالشراء بالعين تعين وقد وجهه في المبسوط بأن له غرضا بالشراء بعين المال وهو أن لايلزمه البيع مع تلف الثمن لان الثمن اذا كان معينا بطل البيع بتلفه قبل تسليمه وان كان غير معين لم يبطل ﴿ قوله ﴾ ﴿ ولو انعكس احتمل اللزوم لان اذنه في عقد يوجب الثمن مع تلفه يستلزم الاذن في عقد لايوجب الثمن الا مع بقائه ﴾ هذا غير الاصح من وجهي الشافعية ولم يرتضه الشيخ في المبسوط ولا ابن سعيد في الجامع ولا المصنف في التذكرة والتحرير ولا المحقق الثاني في جامع المقاصد بل قال الاول الاولى البطلان والثاني لم يصحح لموكله وجزم في التذكرة بأنه فضولي وفي (جامع المقاصد) أنه الاصح واليه يرجع كلام التحرير وقد تقدم المصنف في المطلب الثاني أنه لو أمره بالشراء بالعين في الذمة تعين وحكيناه هناك عن ثمانية كتب وقد وجه اللزوم بما ذكره المصنف وبيانه ان الاذن في العقد الذي يتطرق اليه الضرر المذكور يقتضي الاذن فيما خلا عنه بطريق أولى فيستفاد الاستلزام الذي ادعاه المصنف في العبارة من باب مفهوم الموافقة (وفيه) ان الاولوية العرفية ممنوعة لان فيه ضررا باعتبار ونفعا باعتبار آخر فان الغرض قد يتعلق بتملك المبيع على كل حال سواء سلم ماتسلم اليه أو تلف وربما كره كون المدفوع ثمنا لتطرق الشبهة عنده اليه ونحو ذلك من المقاصد ﴿ قوله ﴾ ﴿ والبطلان للمخالفة وتعلق الغرض وهو تطرق الشبهة في الثمن أو كراهية الفسخ بتلف العين ﴾ هذا هو الاحتمال الثاني الذي اختاره الجماعة والمراد بالبطلان هنا عدم اللزوم ووقوفه على الاجازة كما تقدم حكاية ذلك في مثل ذلك عن فخر الاسلام ونسبته الى الاصحاب على الظاهر ويرشد الى ارادة ذلك هنا ذكر اللزوم في الاحتمال الاول وان الفضولي عنده موقوف غير باطل والمراد بالفسخ الانفساخ لان العقد ينفسخ بنفسه عند تلف العين ﴿ قوله ﴾ ﴿ ولو باع بدون ثمن المثل وقف على الاجازة وكذا لو اشترى باكثر منه ﴾ كما صرح بهما معا في التحرير وجامع المقاصد وهما قضية كلام الباقين في عدة مواضع وبالاول صرح في جامع الشرائع ولا فرق في ذلك بين ان يعين له ثمن المثل أو يطلق فان الاطلاق محمول عليه والوجه في ذلك مخالفة اذن المالك ويجيء على قول الشيخ البطلان وله قول بصحة البيع وانه يضمن التفاوت كما تقدم بيانه وكل ذلك مع علمه بذلك وقد تقدم ويأتي الحال فيما اذا كان جاهلا ﴿ قوله ﴾ ﴿ ولو أذن له في تزويج امرأة فزوجه غيرها ﴾ أي فالاقرب الوقوف على الاجازة كما يأتي وبه صرح في التحرير وظاهر التذكرة الاجماع على ذلك حيث قال اذا وكله في تزويج امرأة بعينها فزوجه اخرى بطل العقد عند العامة وكان فضوليا عندنا (قلت) ولا يحتمل وقوعه للوكيل كما قيل في الشراء لان من شرط صحة النكاح ذكر الزوج فاذا كان بغير امره لم يقع له ولا للوكيل لان المقصود من النكاح اعيان الزوجين بخلاف البيع ولهذا يجوز له ان يشتري من دون تسمية

المشتري وفي (النهاية والمبسوط) الجزم ببطلان النكاح وفي (الايضاح) انه الاصح (قال في المبسوط) بطل النكاح في حق الموكل وفي حق الوكيل بلا خلاف غيران أصحابنا رووا انه يلزم الوكيل نصف مهرها انتهى وهو خيرة التحرير (وقال في النهاية) لزم الوكيل مهرها لانه غرها وفي (جامع الشرائع) ان عليه نصف مهرها من دون تعرض لتوقف على الاجازة ولا لبطلان وصريح النهاية انه ادعى الوكالة حيث قال لانه غرها ولعله هو الظاهر من المبسوط والجامع ولعله اشار في المبسوط بما رواه أصحابنا الى صحيحة أبي عبيدة الحذاء المروية في الفقيه والتهذيب عن ابي عبد الله عليه السلام في رجل أمر رجلا أن يزوجه امرأة من اهل البصرة من بني تميم فزوجه امرأة من أهل الكوفة من بني تميم قال خالف أمره وعلى المأمور نصف الصداق لاهل المرأة ولا عدة عليها ولا ميراث بينهما فقال له بعض من حضر فان امره أن يزوجه امرأة ولم يسم أرضا ولا قبيلة ثم جحد الآمر ان يكون أمره بعد مازوجه فقال ان كان للمأمور بينة أنه كان امره أن يزوجه كان الصداق على الآمر لاهل المرأة وان لم تكن بينة كان الصداق على المأمور لاهل المرأة ولاميراث بينهما ولا عدة ولها نصف الصداق ان كان فرض لها صداقا وان لم يكن سمى لها فلا شيء لها وهي نص في نصف المهر وظاهرة اونص في بطلان النكاح أو أشار الى خبر عمر بن حنظلة الوارد فيمن انكر الوكالة عن أبي عبد الله عليه السلام في رجل قال لآخر اخطب لي فلانة فما فعلت من شيء مما قاولت من صداق أو ضمنت من شيء أوشرطت فذلك رضالي وهو لازم لي ولم يشهد على ذلك فذهب وخطب له وبذل عنه الصداق وغير ذلك مما طالبوه وسألوه فلما ان رجع اليه انكر ذلك كله قال يغرم لها نصف الصداق وذلك أنه هو الذي ضيع حقها فلما لم يشهد لها عليه بذلك الذي قال لها حل لها أن تتزوج ولا يحل للاول فيما بينه وبين الله تعالى ان يطلقها لان الله تعالى قال فامساك بمعروف أو تسريح باحسان فان لم يفعل فهو مأثوم فيما بينه وبين الله تعالى وكان الحكم الظاهر حكم الاسلام قد اباح لها ان تتزوج وقد فصل المصنف هنا فقرب الزام الوكيل بالمهر أو نصفه مع ادعائه الوكالة وسقوطه عنه اذا عرفت المرأة أنه فضولي واختاره ولده في الايضاح وفيه وفي جامع المقاصد ان هذا التفصيل لم يذكره القائلون بوجوب المهر أونصفه بل اطلقوا القول بالوجوب ولم يشترطوا (قلت) قد عرفت مافي النهاية والمبسوط والجامع من فرض مسئلتنا فيما اذا ادعى الوكالة ولعلهما أرادا القائلين بالوجوب فيما اذا وكله وانكر الوكالة لانهما عندهما من سنخ واحد لكن نظر القائلين بوجوب نصف المهر الى الخبر صريح أو كالصريح في ادعاء الوكالة حيث قال فيه عليه السلام انه هو الذي ضيع عليها الى آخره على ان كلام جماعة كثيرين نص صريح في ذلك كما ستسمع ان شاء الله تعالى الا ان تقول ان ذلك فيما اذا انكر وكلامهما في صورة المخالفة (وفيه) انك قد عرفت ان لا اطلاق في صورة المخالفة وانما تعرض لها قبلهما النهاية وهي صريحة فسلمنا لكنه لايتصور الزامه بشيء مع علمها بانه فضولي سواء خالف أوانكر هذا وقد اختار في جامع المقاصد في مسئلتنا وفي المسئلتين الاخيرتين لان كانت الثلاث عنده من سنخ واحد ان الوكيل لايغرم مهرا ولا نصفه وقال نعم ان كان الوكيل قد ضمنه اتجه ذلك وقد اتبع بذلك المصنف فيما يأتي وجماعة كما يأتي (وفيه) انه اذا لم يتحقق الزوجية وكان لها التزويج كيف تأخذ منه مهرا اذ الضمان فرع الثبوت أو وجود سبب الحق كضمان مايحدثه المشتري في المبيع ولا شيء منهما والاصل براءة الذمة و يأتي في الضمان توجيه وجيه (وليعلم) ان الشيخ قال ان العقد الفضولي في النكاح وغيره يقع باطلا مستندا الى اخبار عامية والمعظم على خلافه كما تقدم في

أو زوجه بغير اذنه فالاقرب الوقوف على الاجازة فان اجاز صح العقد والا فلا والاقرب الزام الوكيل بالمهر او نصفه مع ادعاء الوكالة اما لو عرفت الزوجة انه فضولي فالوجه سقوط المهر مع عدم الرضا (متن)

بابه وقد اطال ابن ادريس في الرد عليه وانه قال به في غيره فلعل ماصرح به في الباب في النهاية والمبسوط مبني على ذلك أوانه أراد بالبطلان التوقف وعدم اللزوم كما مر غير مرة ﴿ قوله ﴾ ﴿ أو زوجه بغير اذنه ﴾ هذا يعرف مما تقدم ويأتي وليست من مسائل الكتاب ﴿ قوله ﴾ ﴿ فالاقرب الوقوف على الاجازة فان أجاز صح العقد والا فلا ﴾ هذا أيضا يعرف مما مر ويأتي ﴿ قوله ﴾ ﴿ فالاقرب الزام الوكيل المهر أو نصفه مع ادعاء الوكالة أما لو عرفت الزوجة انه فضولي فالوجه سقوط المهر مع عدم الرضا ﴾ قد اشار بهذا الى المسئلة المشهورة وهو ما يأتي له في فصل النزاع من قوله ولو زوجه امرأة فانكر الوكالة ولا بينة حلف المنكر والزم الوكيل المهر وقيل النصف وقيل يبطل ظاهرا ويجب على الموكل الطلاق أو الدخول مع صدق الوكيل ثم لو ضمن الوكيل المهر فالوجه وجوبه عليه أجمع ويحتمل نصفه ثم المرأة ان ادعت صدق الوكيل لم يجز ان تتزوج قبل الطلاق ويحتمل تسلط المرأة على الفسخ أو الحاكم على الطلاق انتهى وقد تضمن كلامه احكاما ولا بد قبل بيانها من بيان موضوع المسئلة والظاهر ان المسئلة مفروضة في كلامهم فيما اذا زوجه مدعيا الوكالة عنه كما فرضت المسئلة بهذه العبارة في النافع واللمعة وشروح النافع ككشف الرموز والمهذب والمقتصر وايضاح النافع والروضة ومجمع البرهان وبه صرح في التحرير في موضع منه وكذلك التذكرة في موضع آخر بل كل من قال بوجوب نصف المهر فظاهره ذلك لانه انما استند الى خبر عمر الظاهر أو الصريح في ذلك وعليه اقتصر الراوندي حيث حكاه برمته بل القائلون بوجوب كل المهر يعللونه بانه فوته بتقصيره وضيع حقها بترك الاشهاد وهذا يقضي بذلك وبه أي ادعاء الوكالة فسر المقدس الاردبيلي عبارة الارشاد وقد سمعت ما في النهاية آنفا فتفصيل المصنف هنا قد ذكره القائلون بوجوب المهر ونصفه وليس الامر كما قال ولده والمحقق الثاني وما أرى ذلك الاغفلة منهما بل من المصنف هنا حيث قرب في الشق الاول وحصر الوجه في الثاني الا ان تعتذر بما تقدم من ان التفصيل انما هو في صورة المخالفة لا في صورة الانكار ويجاب بما عرفت ايضا واما ان القول قول الموكل مع يمينه اذا انكر الوكالة فلا أجد فيه خلافا لاصالة عدمها وعموم الخبر اليمين على من انكر واما الزام الوكيل المهر فهو خيرة النهاية والوسيلة في ما اذا مات الموكل وانكر ورثته الوكالة والشرائع والنافع وكشف الرموز والتحرير والارشاد والكتاب فيما يأتي وهو المحكي عن القاضي والكيدري وقواه في السرائر فيما حكى لان المهر يجب بالعقد كلا ولا يتنصف الا بالطلاق المفقود بالمقام وقد فوته الوكيل عليها بتقصيره في الاشهاد فيضمنه كذا قاله جماعة كثيرون اقتصوه من الخبر (وفيه) انه مبني على ان العقد صحيح والمفروض عدم تحقق الزوجية ولذا لها ان تتزوج بل الموافق لاصول المذهب فساده سلمنا الصحة ولكن قضيتها لزوم المهر على الموكل لا الوكيل ولا تقصير لعدم وجوب الاشهاد عليه في الشريعة مع أنه على تقدير كونه تاما وان البضع يضمن بالتفويت مقصور على صورة تقصيره وقد لا يكون قصر بان يكون أشهد ثم توفي الشهود فالدليل أخص وقد عدل عنه في الايضاح ووجهه بانه أقر بانه أخرج بضعها عن ملكها بعوض لم يسلم لها فكان عليه الضمان فان كل من أقر

باخراج ملك عن غيره بعوض ثم يسلم له لتفريطه ضمنه وهو كما ترى أخص أيضاً مع ان البضع غير الاملاك لا يضمن الا باستيفاء فتأمل وقد يؤيد هذا القول بخبر محمد بن مسلم الوارد في رجل زوجته امه ولم يقبل فقد قال فيه الباقر عليه السلام ان المهر لازم لامه وقد عمل بها الشيخ واتباعه على ظاهرها من دون دعواها الوكالة وحملها المحقق والمصنف وغيرهما على ما اذا ادعت الوكالة مستريحين اليه كأنه مسلم عندهم وقد فرض المسئلة في اللمعة فيما اذا ادعت الوكالة عن الابن وانكر وحكم بان عليها نصف المهر وقد استدل له بهذين الخبرين أيضاً مع أن خبر محمد قابل للتأويل بان للام ان تأخذه من الزوجة لكنه خلاف فهم الاصحاب قاطبة وأما القول بالزامه نصف المهر فهو خيرة المبسوط والسرائر على ما حكي عنهما اذلم اجده فيهما وجامع الشرائع والتذكرة في موضعين واللمعة وكذا الايضاح واليه مال في الروضة وقد عرفت ان الراوندي اقتصر على ايراد الخبر فيكون عاملا به كالصدوق في الفقيه حيث روى الصحيحة فتأمل وفي (المسالك والكفاية) انه المشهور ونسبه في الروضة الى الاكثر وحكى في الرياض عن المحقق الثاني انه قال انه المشهور ولم نجده له وفي دعوى الشهرة نظر ظاهر اذ القائل بالاول اكثر كما مر مستندين في ذلك الى الصحيح والخبر وقد سمعتهما آنفا لكن الصحيح لا يخلو عن اضطراب لانه افصح فيمن خالف الآمر ان عليه نصف الصداق لاهل المرأة وفيمن انكر الآمر ان عليه الصداق لاهل المرأة ان كان بينة والافعلى المأمور الصداق لاهلها ثم قال ولها نصف الصداق فقد ظهر منه مرار ان الصداق لاهلها ولعله لما لحقهم من الذل والعار وتارة ان نصفه لها ان كان فرض لها وفرق فيه بين مخالف الآمر ومنكره بما سمعت مع مخالفتهما للاصول الا أن تقول قد اتفقت كلمة القوم على ثبوت مهر لها في الجملة وبه يخرج بالخبرين عن الاصل ان لم يبلغ ذلك الاتفاق درجة الاجماع والاقيه بلاغ بل قد تقول ان النصف بذلك الاتفاق مقطوع به في ضمن الكل أو وحده فتأمل وان أعرضت عن ذلك قلنا ان تمت شهرة المالك جبرت دلالة الصحيحة وسند الخبر مع موافقتهما لاصل براءة الذمة من تمام المهر وسلامتهما عن عما مايصلح للمعارضة في اثبات الزيادة (وكيف كان) فلا ينبغي الاعراض عن الخبرين لما سمعته عن الجماعة في مسئلة تزويج الام لولدها من ظهور أنها مع ادعائها الوكالة الى الحكم مسلم مفروغ منه فليلحظ وليتأمل (واما القول) بالبطلان فاول من حكاه المحقق وتبعه الجماعة وقد اعترف الشهيد في غاية المراد وجماعة بعدم الظفر بقائله ولا يحضرني مقابلته للقولين الاولين (قال في الشرائع) وقيل يحكم ببطلان العقد في الظاهر ويجب على الموكل أن يطلقها ان كان يعلم صدق الوكيل وان يسوق اليها نصف المهر وهذا قوي انتهى وفي (المسالك والروضة) أيضاً انه قوي وفي (التحرير والمختلف) ان فيه قوة وفي (الارشاد وغاية المراد) أنه جيد وفي (التنقيح) أنه هو الذي يقتضيه النظر وفي (ايضاح النافع) أنه أنسب في النظر وأنه قوي وفي (جامع المقاصد وتعليق الارشاد) أنه أصح لانه اذا أنكر الوكالة وحلف على نفيها انتفى النكاح ظاهرا ومن ثم يباح لها ان تتزوج بلا خلاف كما ستعرف وقد صرح به في الرواية فينبغي المهر أيضا لان ثبوته يتوقف على لزوم العقد هذا وأبو حنيفة وأبو يوسف والشافعي على أنه لا يلزم الوكيل شيء واما انه يجب على الموكل الطلاق مع صدق الوكيل فهو محل وفاق بل ضروري به أفصحت الرواية وفي (جامع المقاصد) أنه لا ريب فيه وقد نطق به الكتاب والسنة انتهى فيطلق سرا أو معلنا كأن كانت زوجتي فهي طالق كما صرح بذلك جماعة (قال في الروضة والمسالك) ولم يكن اقرارا ولا تعليقا مانعا لانه امر تعلم

حاله كقول من يعلم ان اليوم الجمعة ان كان اليوم الجمعة فقد بعتك كذا وتبعه على ذلك حرفا فحرفا في الرياض وقال ان هذا اذا لم يكن الانكار مستنداً الى نسيان التوكيل والا فلا يصح وهذا مبني على ان التوصيف الممنوع ان يقول بعتك ان جاء الليل وهما في النهار كما هو مذهب جماعة كثيرين جداً كما قضى به التتبع و بعضهم أنه أعم منه ومما اذا قال بعتك ان كان اليوم الجمعة وهما يعلمان ان ذلك اليوم الجمعة و به قضى الدليل والمصرح به قليل الاول ليس هذا من التعليق والتوصيف في شيء لانه على أمر معلوم ومسئلتنا عند جماعة من نحو هذا ومن يجعله من باب التوصيف الممنوع كالاول ان كان عالما يجوزه اذا كان ناسيا لانه يكون مقوما لصحته مصححا لايجابه ويأتي المصنف في البحث الثاني من مباحث النزاع في الكتاب والتذكرة وكذا التحرير وكذا الشيخ في المبسوط ان كل شرط علم وجوده فانه لايوجب شكا في البيع ولا توقفه وان الذي يوجب الشك والوقوف هو ما اذا كان المعلق عليه مجهول الحصول وبذلك جزم في الايضاح وجامع المقاصد فيما يأتي أيضا وقضية ذلك ان التوصيف بجميع أقسامه لايفسد العقود وأنما يفسدها التعليق لكن الشهيد الثاني في تمهيد القواعد نقل الاجماع على عدم صحة تعليق العقود على الشرط ولو قدر علم حصوله كالمعلق على الوصف الذي يعلم حصوله كطلوع الشمس وعلله بان الاعتبار بجنس الشرط دون أنواعه وأفراده واما أنه مع ضمان الوكيل المهر يجب عليه المهر أو بعضه فقد حملت الرواية عليه في الايضاحين والتنقيح وجامع المقاصد والمسالك وفي (ايضاح النافع) ان في الرواية اشارة اليه ولعله فهمه من قوله أو ضمنت من شيء (وفيه) مامر من انه ضمان مالايجب الا ان تقول ان الوكيل أقر في ضمن دعوى الوكالة بلزوم المهر على الموكل وقت الضمان فهو لازم عليه بضمانه وان لم يثبت العقد بالنسبة الى الموكل لانه ثابت بالنسبة الى الضامن فيضمن الجميع كما هو خيرة التنقيح والمصنف لانه لم يحصل مايقتضي سقوط نصفه وهو الطلاق وهو جيد لكن لاتحمل الرواية عليه كما في ايضاح النافع والتنقيح لانها نص في النصف ووجه وجوب النصف خاصة حينئذ حمل المخبر عليه وان انتفاء النكاح ظاهرا باليمين بمنزلة الفسخ فينتصف به المهر وهو خيرة التذكرة وفي (الايضاح) انه اصح وأما أنها ليس لها التزويج قبل الطلاق وان ادعت صدق الوكيل فلاعترافها بانها زوجه وبه صرح في التحرير وجماعة كابي العباس والمقداد والمحقق الثاني والشهيد الثاني وغيرهم وليس في الطلاق الخبر مايخالفه بناء على وروده مورد الغالب من عدم تصديقها الوكيل لكن في التذكرة مانصه أنها تتزوج وان لم يطلق الموكل لانه لم يثبت عقدها فجرى على ظاهر الطلاق الخبر واما اذا لم تكن عالمة ولم تعترف بصدقه فان لها التزويج لانتفاء الزوجية ظاهرا بيمينه وقد صرح به في الخبر مرتين ولم أجد فيه خلافا وفي (الرياض) ان عليه الاصحاب كافة (وفيه) انه قد خلت عنه اكثر العبارات والعلم بالحكم غير نص الاصحاب كافة عليه وفي (ايضاح النافع) أنها لاتحتاج الى الفسخ وأما أنه لايجبر الموكل على الطلاق ففي (جامع المقاصد) أنه لاريب في انه لايتصور اجباره عليه لانه لانكاح ظاهرا فكيف يتصور مطالبته وبه صرح في المهذب البارع والمسالك والروضة وهو قضية كلام التنقيح وايضاح النافع (وقال في التذكرة) الاقوى الالزام لازالة الاحتمال وازالة الضرر عنها بما لاضرر عليه فيه فاشبه النكاح الفاسد قلت بل اشبه الاحتكار وأما انه اذا لم يطلق احتمل تسلط المرأة على الفسخ أو الحاكم على الطلاق فلان بقاء المرأة من دون نكاح ولا فقضرر عظيم وقد افتى بتسلطها عليه في ايضاح النافع وقال الاحوط ان يكون باذن الحاكم او هو يفسخ واحتمله أي تسلطها على الفسخ في

ولو وكله في بيع عبد بمائة فباعه بمائة وثوب صح وكل تصرف خالف الوكيل فيه الموكل فحكمه حكم تصرف الاجنبي واذا وكله في الشراء فامتثل وقع الشراء عن الموكل وينتقل الملك اليه لا الى الوكيل (متن)

التنقيح احتمالا وجزم في المهذب البارع بان الحاكم يفسخ لها ووجه تسلطه على الطلاق انه له ولاية على الممتنع ولا ريب ان المنكر ممتنع على تقدير وقوع التوكيل اذ الواجب عليه القيام بحقوق الزوجية او الطلاق وهذا يتم اذا ادعت صدق الوكيل وقد ذهب جم غفير في باب النكاح الى انها اذا كانت جاهلة بفقره او تجدد اعساره ان لها الفسخ والاكثر من هؤلاء على ان الحاكم يطلقها ان لم يطلقها الزوج مع امر الحاكم له به فليراجع ولا ترجيح في المسالك والروضة فاحتمل تسلطها وتسلط الحاكم عليه او على الطلاق وبقاؤها على ذلك حتى يطلق او يموت ويبقى الكلام فيما اذا لم يدع الوكالة فهل الظاهر انه فضولي او وكيل احتمالان اظهرهما الاول لانه لا غرور من قبله وهو خيرة جامع المقاصد واكثرهما تداولا الثاني فان الرجل يأتي خاطبا ولا يصرح بانه وكيل ﴿ قوله ﴾ (ولو وكله في بيع عبد بمائة فباعه بمائة وثوب صح) قد تقدم الكلام في ذلك وانه قال في التذكرة انه لو قال بعه بمائة درهم انه لا يجوز له البيع باقل فان باع بالاقل كان موقوفا ولو باعه باكثر من مائة درهم فان كانت الكثرة من غير الجنس مثل ان يبيعه بمائة درهم وثوب جاز عند علمائنا سواء كانت الزيادة قليلة أو كثيرة وسواء كانت الزيادة من الاثمان اولا لانها زيادة منفعة ولا تضره انتهى وقد سمعت فيما سلف ما حكيناه عن الشيخ وما عن الشهيد ﴿ قوله ﴾ (وكل تصرف خالف فيه الموكل فحكمه كالاجنبي) ان كان مراده انه كالاجنبي بالنسبة الى خصوص المخالفة في البيع في انه لا يقع باطلا بل موقوفا على الاجازة فان اجاز صح والا بطل فهو حق صحيح وقد تقدم آنفا لكن بعض افراد المخالفة في الشراء كذلك كما اذا اشترى بعين مال الموكل وان اراد بالنسبة الى المخالفة في البيع والشراء معا فقد تقدم له في المخالفة في الشراء تفاصيل (منها) انه لو اذن له في الشراء في الذمة فاشترى بالعين انه لا يقع موقوفا بل يحتمل لزومه للموكل (ومنها) انه اذا خالفه واشترى في الذمة واطلق ولم يجز الموكل انه لا يقع باطلا بل يقع للوكيل ﴿ قوله ﴾ (واذا وكله في الشراء فامتثل وقع الشراء عن الموكل وينتقل الملك اليه لا الى الوكيل) كما في المبسوط والغنية وجامع الشرائع والشرائع والتذكرة والتحرير والارشاد وجامع المقاصد والمسالك وفيه وفي التذكرة الاجماع عن ذلك اي النفي والاثبات وفي (جامع المقاصد) انه لا خلاف فيه على ما ذكره في التذكرة وقد سمعت ان فيها الاجماع وقد يدعى على ذلك اجماع الغنية وقد استدل عليه في المبسوط والغنية بانه لو اشترى الموكل اباه نفسه أو ولده للموكل لم ينعتق عليه فلو كان الملك انتقل اليه لانعتق ولم ينتقل الى الموكل ولم يحك الخلاف الا عن ابي حنيفة حيث حكم بانه ينتقل اولا الى الوكيل ثم ينتقل الى الموكل محتجا بان حقوق العقد تتعلق به كما لو اشترى باكثر من ثمن المثل ولم يذكر الموكل لفظا فانه ينتقل اليه ولا ينتقل الى الموكل وبان الخطاب انما جرى معه ووروده بان الاحكام لا تتعلق به وانما تعلقت به في المثال ظاهرا لعدم العلم بقصده والخطاب انما وقع معه على سبيل النيابة وعورض بشراء الاب والوصي فانه وافق فيه على وقوعه للطفل ابتداء (قال في التذكرة) انه اورده على بعض الحنفية انه يلزم انعتاق ابي الوكيل ونحوه ممن ينعتق عليه لو اشتراه للموكل ولم يقل به أحد فاجاب بانه في الزمن الاول

فلو اشترى آب نفسه لم ينعتق عليه واذا باع بثمن معين ملك الموكل الثمن وان كان في الذمة فللوكيل والموكل المطالبة به وثمن ما اشتراه في الذمة يثبت في ذمة الموكل وللبائع مطالبة الوكيل ان جهل الوكالة (متن)

يقع الوكيل وفي الزمن الثاني ينتقل الى الموكل قال فالزمه بانه لم رجح الانتقال في الزمن الثاني الى الموكل بدون العتق ولا يخفى أنه لو انتقل الى الوكيل كان اللازم ترجيح العتق لانه مبني على التغليب باعترافهم ﴿ قوله ﴾ ﴿ فلو اشترى اب نفسه لم ينعتق عليه ﴾ (قال في جامع المقاصد) انه اجماع تارة وأنه لم يخالف فيه أحد اخرى و بنى على ذلك ان تفريعه على عدم انتقال الملك الى الوكيل غير حسن ﴿ قوله ﴾ ﴿ واذا باع بثمن معين ملك الموكل الثمن ﴾ هذا لا ريب فيه كما في جامع المقاصد وبه صرح في المبسوط والتذكرة والتحرير لأنه بمنزلة المبيع ويجيء فيه خلاف ابي حنيفة لكنه لم ينقل عنه فيه خلاف ولا ريب أنه له المطالبة به ولا يحتاج الى التصريح به ﴿ قوله ﴾ ﴿ وان كان في الذمة فللوكيل والموكل المطالبة به ﴾ كما في المبسوط والتذكرة والتحرير وجامع المقاصد لكن ليس في المبسوط التعرض للذمة قال اذا وكل رجلا في بيع ماله فباعه كان للوكيل والموكل المطالبة بالثمن وانكر أبو حنيفة جواز مطالبة الموكل بالثمن محتجا بما مر عنه من ان حقوق العقد تتعلق بالوكيل وقد تقدم منعه والوجه في جواز مطالبة الموكل واضح وأما الوكيل فانه قد سبق له أنه لا يملك من دون اذن قبض الثمن فكيف تثبت له المطالبة به والتوكيل لم يتناول الثمن بقبض ولا مطالبة فلا يصح لك الاعتذار بان المنع من القبض لا يقتضي المنع من المطالبة اذ ليس من لوازم المطالبة القبض فيطالب وعند الاقباض يتولاه الموكل لانك كما سمعت (١) أنه لا سلطان له على الثمن بوجه ولا جواب الا بان الغرض من هذا الكلام الرد على أبي حنيفة فاطلق الحكم في الموكل وذكر معه الوكيل تبعا اعتمادا على ما سبق من أنه لا بد له من الاذن في القبض وفي (جامع المقاصد) ان على ظاهر العبارة مؤاخذة وهي ان حكمه بملك الموكل الثمن في الاولى يوهم عدمه في الثانية كما ان حكمه بثبوت المطالبة لكل من الموكل والوكيل في الثانية يوهم خلافه في الاولى (وفيه) ان مفهوم اللقب وان كان حجة في عبارات الفقهاء و به يثبت الوفاق والخلاف فيفيد نفي الحكم عن غير المذكور لكن البديهات ان ذلك في غير ما اذا كان غير المذكور من البديهات الواضحات ﴿ قوله ﴾ ﴿ وثمن ما اشتراه في الذمة يثبت في ذمة الموكل ﴾ بلا خلاف فيه عندنا كما في جامع المقاصد وبه صرح في التذكرة والتحرير اذا علم الوكالة والامر واضح ولعل الغرض الرد على بعض الشافعية قال أنه يثبت الثمن في ذمة الوكيل تبعا فللبائع مطالبة من شاء منهما ﴿ قوله ﴾ ﴿ وللبائع مطالبة الوكيل ان جهل الوكالة ﴾ بلا خلاف فيه عندنا كما في جامع المقاصد وبه صرح في آخر المطلب الرابع والتذكرة والشرائع والارشاد ومجمع البرهان والمسالك والكفاية (وقال في التذكرة) اذا علم البائع ان الملك للموكل لم يكن له مطالبة الوكيل انما يطالب الموكل خاصة عندنا ونحوه ما في التحرير وهو المفهوم من عبارة الشرائع والارشاد والكتاب في آخر المطلب الرابع والتذكرة والمختلف وجامع المقاصد والمسالك ومجمع البرهان والكفاية لكن قيد في ما عدا الاولين والمختلف بما اذا لم يكن سلم الثمن للوكيل وقيدوا القيد بما اذا لم يكن الشراء بعين الثمن كما ينادي في آخر المطلب الرابع وكأنه في هذا الموضع في التذكرة لم يفتقر

---

(١) كذا في النسخة ولعل الصواب قد سمعت فليراجع (مصححه)

وحينئذ لو ابرأه لم يبرء الموكل واذا اشترى معيبا بثمن مثله وجهل العيب وقع عن الموكل وان علم وقف على الاجازة مع النية والا قضي على الوكيل وان كان بغبن وعلم لم يقع عن الموكل الا مع الاجازة (متن)

يقوله في المبسوط اذا اشتراه وذكر في العقد انه يشتريه لموكله كان للبائع أن يطالب أيهما شاء من الوكيل والموكل ويكون دخول الوكيل في هذا التصرف بمنزلة دخول الضامن في الضمان فان اعطاه كان له الرجوع على الموكل بما وزن عنه لانه توكل له باذنه في الشراء وذلك يتضمن تسليم الثمن وكان الاذن في الشراء اذنا فيه وفيما يتضمنه الى أن قال وكذلك ان كان وكيلا في البيع فان المشتري أن يطالب من شاء منهما بتسليم المبيع اليه انتهى فقد لحظ غير ما لحظه بعض الشافعية من انه يدخل في ذمة الوكيل تبعا بل لحظ أمراً آخر هو لازم المصنف حيث تقدم له في الكتاب والارشاد والتحرير وكذا التذكرة انه لو وكله في الشراء ملك تسليم ثمنه ونحوه كلام جامع المقاصد الا أن تمنع الملازمة بين ملك تسليم الثمن ومطالبته له به مع علمه بالوكالة والمنع ممنوع وقد تقدم الكلام فيه وقد عول الجماعة في نقل خلافه على كلام المختلف لانه لم ينقل تمام كلامه كما يأتي بيان ذلك كله في أواخر المطلب الرابع (وقال في جامع المقاصد) اعلم أنه اذا كان الثمن في ذمة الوكيل فللبائع مطالبته به أيضا سواء كان ما بيده متعينا في العقد أم لا بان دفعه اليه ليصرفه ثمنا فاشترى في الذمة قال وعبارة المصنف لا تنافي هذا (قلت) مفهومها ينافيه باطلاقه اذ مفهومها ليس للبائع مع العلم بالوكالة مطالبة الوكيل بحال وقد ناقش آنفا في مفهوم بديهي ضعيف ويأتي ان شاء الله سبحانه وتعالى تحقيق ذلك في آخر المطلب الرابع

﴿ قوله ﴾ (وحينئذ لو أبرأه لم يبرء الموكل) أي حين جواز المطالبة للوكيل فاذا أبرأه من الثمن لم يبرء الموكل كما في المبسوط والتذكرة والتحرير وجامع المقاصد وفي الاخير انه لا خلاف فيه عندنا لان الثمن ليس في ذمته وانما هو في ذمة الموكل ولا ريب انه اذا أبرأ الموكل برئ الوكيل

﴿ قوله ﴾ (واذا اشترى معيبا بثمن مثله وجهل العيب وقع عن الموكل) كما في المبسوط والتذكرة والارشاد وجامع المقاصد وهو قضية كلام الباقين لانه انما يلزمه شراء الصحيح في الظاهر وليس مكلفا بالسلامة في الباطن لان ذلك لا يمكن الوصول اليه فلا يجوز تكليفه به لانه مما لا يطاق لان العيب مما لا يخفى على اهل المعرفة وقد فعل ما وكل به في علمه والفرض أنه في علمه غير معيب والمراد بثمن مثله ثمن مثله صحيحا لا معيبا ولذلك يثبت له الارش اجماعا ولا يلتفت الى قول المالك ما بعته بهذا الثمن الا لكونه معيبا وظننت على المشتري به ﴿ قوله ﴾ (وان علم وقف على الاجازة مع النية) كما في الارشاد وجامع المقاصد ومجمع البرهان لما عرفت فيما سلف من انعقاد الاجماع على اقتضاء التوكيل شراء السليم دون المعيب فلم يفعل ما وكل فيه فلا يقع للموكل فيكون فضوليا لكن ذلك انما هو مع النية والمراد بها نية الشراء للموكل في متن العقد ﴿ قوله ﴾ (والا قضي على الوكيل) اي لو خلى العقد عن النية لفظا قضي بالشراء على الوكيل ظاهرا ان لم يصدقه بارادة الموكل الا مع الاجازة وقد خلت عن ذلك كله عبارة الارشاد ولكنه مراد منه لانه أشار اليه فيما بعده ﴿ قوله ﴾ (وان كان بغبن وعلم لم يقع عن الموكل الا مع الاجازة) كما في الكتب الثلاثة الآتية لاقتضاء التوكيل الشراء بثمن المثل فاذا اشترى بزيادة عالما بالحال لم يفعل ما وكل فيه وكان فضوليا يقف على الاجازة مع النية

وان جهل فكذلك وكل موضع يبطل الشراء للموكل فان سماه عند العقد لم يقع عن احدهما والا قضي به على الوكيل ظاهراً ﴿ المطلب الرابع ﴾ في الضمان الوكيل أمين لا يضمن ما يتلف في يده الا مع تعد او تفريط ويده يد امانة في حق الموكل فلا يضمن وان كان يجهل (متن)

و بدونها يقع للوكيل ظاهرا كما تقدم فيما قبله وتركه للعلم به منه ﴿ قوله ﴾ ﴿وان جهل فكذلك﴾ كما في الارشاد ومعناه انه ان جهل الغبن وقت الشراء فالحكم كما اذا كان عالما وحكي عن الشهيد أنه نسب الى المصنف انه فرق بين الغبن والعيب ان العيب قد يخفى فلا يمكن التكليف بالشراء الصحيح بخلاف الغبن فانه يمكن الوقوف عليه بأدنى ملاحظة لاشتهار القيمة عند أهل المعرفة قال وفيه لاعتراف بأن العيب ان كان مثله لا يخفى على مثله كان كالغبن وبان الغبن ان كان مثله يخفى على مثله كان كالعيب وناقشه في جامع المقاصد بان الخفاء يجهل مثله اذا لم يكن من اهل المعرفة لا أثر له لانه يجب عليه سؤال أهل المعرفة ثم يمكن أن يقال ان بعض الغبن قد يخفى جدا كما في قيم الجواهر وما جرى مجراها وفي بعض العيوب قد يسهل الوقوف عليه و يطلع عليه من أهل الخبرة بسهولة فيكون مقتضى الفرق المذكور اللزوم فيما يخفى غالبا من العيب والغبن دون ما لا يخفى منهما (قلت) المناقشة في غير محلها لان الشهيد جرى على الغالب المعروف بين الناس والمجمع على استحبابه عند الفقهاء بل قال جماعة بوجوبه من ان من شأن الوكيل ان يكون تام البصيرة فيما وكل فيه ليكون مليا بتحقيق مراد الموكل والمدار على التقصير وعدمه والغالب ان المشتري بالغبن مقصر لانه لا بد للوكيل من معرفة القيمة بالسؤال عنها غالبا وان كان عارفا لانها تختلف باختلاف الاوقات اذ السوق تختلف الاسعار على اختلاف الاوقات فاذا فحص وسأل لا يغبن وقد يخالف الغالب نادرا فيخفى كما يتفق ذلك في قيم الجواهر ونحوها وأما العيب فالامر في الظاهر ظاهر وأما الخفي فلا ينفع فيه الفحص والسؤال خصوصا في مثل الدواب فالغالب فيه في الوكيل عدم التقصير اذا كان تام البصيرة فرجع الامر الى ان الوكيل بالنسبة الى الغبن مكلف غالبا بنفس الامر لقدرته عليه و بدونه يكون مقصرا و بالنسبة الى العيب مكلف بالظاهر لعدم قدرته على معرفته غالبا الا بعد زمن طويل وجهد جهيد شديد لا يكلف به الوكيل فاطلاق الحكم فيهما في الكتابين مبني على ذلك فليلحظ ذلك لانه قد تقدم للمصنف في التذكرة في باب المضاربة في وطئ المالك امة القراض ما يعطي أنه لا يمكن معرفة قيم المقومات في الواقع وقد تقدم في باب المكاسب في تلقي الركبان ان اطلاق الفتاوى والاخبار لم يفرق فيها بين الوكيل والاصيل وهي الاصل في اخبار الغبن فليلحظ ذلك أيضا وقد قلنا في باب المكاسب أنه لم يوافق المصنف هنا على كونه فضوليا أحد ولم يذهب اليه الا في الكتابين ﴿ قوله ﴾ ﴿ وكل موضع يبطل الشراء للموكل فان سماه عند العقد لم يقع عن أحدهما والا قضي به على الوكيل ظاهرا ﴾ كما صرح بذلك كله في الشرائع والارشاد الا أنه قال فيه قضي به على الوكيل من دون تقييد بالظاهر وقد تقدم الكلام في هذه العبارة في أول هذا المطلب في موضعين وان المراد منها هل هو حيث يشتري في الذمة او فيها و بالعين وقلنا أنها على الثاني لا تنطبق على قولهم أنه حيث يشتري بالعين مع المخالفة ولم يجز المالك ولم يصدقه البائع بأنه اشترى بعين مال الوكيل أنه يقع للوكيل ظاهرا ﴿ قوله ﴾ ﴿ المطلب الرابع في الضمان الوكيل أمين لا يضمن ما يتلف في يده الا مع تعد أو تفريط ويده يد امانة في حق الموكل فلا يضمن وان كان بجعل ﴾

واذا قبض الوكيل ثمن المبيع فهو امانة في يده لايلزمه تسليمه قبل طلبه ولا يضمنه بتأخيره

أما انه أمين ولا يضمن ما يتلف في يده الا بتعد أوتفريط فقد طفحت به عباراتهم وفي (الروضة والمسالك) أنه محل وفاق وفي (الرياض) انه أي الاجماع ظاهر التنقيح والظاهر لي من التنقيح أنه لا يتناوله اجماعها وفي (المبسوط والسرائر) أنه لا خـلاف في انه أمـين لا يضمن ما يتلف في يده وظاهرهما نفيه بين المسلمين واطلاقات الاجماعات ونفي الخلاف تشمل ما اذا كان التوكيل بجعل و بدونه كما صرح بذلك جماعة وليس التوكيل بالجعل من الافراد النادرة للتوكيل (وقال في جامع المقاصد) ما نصه قوله والوكيل أمين الى قوله وان كان بجعل يلوح من كلامهم أنه لا خلاف في ذلك بين علماء الاسلام انتهى فهذا الاجماع محكي على أنه أمين لا يضمن ما يتلف في يده الا مع التعدي او التفريط وان يده يد امانة في الموكل فيه لايضمنه اذا تلف من دون الامرين وان كان التوكيل بجعل فالمستفاد من تتبع فتاواهم في الباب من مواضع متفرقة واجماعاتهم ان القول قول الوكيل في دعوى التلف مطلقا مع الجعل و بدونه مبيعا كان أو ثمن مبيع قد قبضه على وجه شرعي فبقيت الوكالة أو زالت ولا يستفاد منها أكثر من ذلك ولا يستفاد من قولهم انه أمين مع اردافهم له بقولهم انه لايضمن من دون تعد وتفريط الا ذلك ولعل الاصل في ذلك الاخبار الناهية عن اتهام المؤتمن تضمين الامين وعدم تغريم المستبضع المال فيهلك أو يسرق اذا كان أمينا الى غير ذلك مما يدل عليه أو يشهد له واما أنه يقبل قوله في الرد وفعل ما وكل به كما اذا وكله في قبض دينه فادعى أنه قبضه من المديون وسلمه اليه وانكر الموكل وغير ذلك مما يأتي مما اختلفوا فيه ولعل الاصل في الاختلاف في هذه ونحوها اختلاف الاصول وتعارضها اذا كان الاصل عدم الرد وعدم الفعل كذلك الاصل براءة الذمة والاصل في فعل المسلم الصحة كما يأتي (وقال في مجمع البرهان) بعد ان نقل اجماع جامع المقاصـد الذي سمعته واجماع المسالك ان الحكم لا يخلو عن اجمال واشكال فانه ليس بمعلوم لنا ما المراد بكونه أمينا أهو قبول قوله مع يمينه وعدم ضمانه في كل ما يدعيه من تلف المبيع والثمن ومن رده الى الموكل وتسليمه اياه ومن انه فعل ما وكل به وهـل مخصوص بما ليس بجعل او اعم او انه مخصوص ببقاء الوكالة أو أعم أو مخصوص بالبعض وأن الاجـاع المدعى في الكل أو البعض مع أنه خلاف الاصل مع انه محتمل لانه لو ضمن لزم سد باب الوكالة ثم انه ساق جملة من عبارات التذكرة في المسائل التي وقع فيها النزاع بين الموكل والوكيل كدعوى الوكيل فعـل ما وكل به ودعواه الرد ودعواه التلف وخلاف بعض العامـة في دعواه التلف وأنه لا يقبل قوله فيه اذا ادعاه بأمر ظاهر ثم قال ما عرفنا دعوى الاجماع خصوصا اجمـاع المسلمين الذي ادعاه المحقق الثاني وليس عنده ما ينافيه في التلف الاخلاف نادر لبعض العامة كما سمعت وقال نعم قد تشم رائحة أصحابنا في ان القول قول الوكيل في دعوى التلف مطلقا مع احتمال تخصيصه بما اذا لم يكن بجعل وقصره على أصحابنا لخلاف بعض العامة كما عرفت وأنت قد عرفت الحال وان ليس في المسئلة ومعاقد الاجماعات اجمـال ولا اشـكال وان المراد من كونه أمينا معلوم يقينا وهو انه لا يضمن مع التلف وأنه لا معنى لترديده في معنى الامين في كلامهم اذ يلزم تقسيم الخاص الى العام ومن الغريب ان صاحب الحدائق أخذ كلام المقدس الاردبيلي وأخذ يشنع به على الاصحاب في مقامات متعددة كما ستسمع ﴿قوله﴾ ﴿ واذا قبض الوكيل ثمن المبيع فهو امانة في يده لايلزمه تسليمه قبل طلبه ولا يضمنه بتاخيره الا مع

الا مع الطلب وامكان الدفع ولا يضمن مع العذر فان زال فأخر ضمن (متن) .

الطلب وامكان الدفع ولا يضمن مع العذر فان زال فأخر ضمن ﴾ كما صرح بذلك كله في المبسوط والشرائع وجامع المقاصد والمسالك ومواضع من التذكرة وقد ترك في الجامع والتحرير واللمعة والروضة والمسالك والكفاية والمفاتيح وموضع من التذكرة قوله فان زال فأخر ضمن لكنه قضيتها ولم يتعرض لذلك في المسالك مع ذكره له في الشرائع وفي هذا الموضع من التذكرة قال أنه لا يعرف فيه خلافا واقتصر في الارشاد على قوله يجب التسليم مع المطالبة والقدرة فان أخر ضمن ولم يتعرض للعذر ولعله لمكان ذكر القدرة وفي (مجمع البرهان) الظاهر انه لا خلاف في وجوب الدفع مع الطلب والقدرة على التسليم وجوبا فوريا وكيلا كان او غريما أو مستعيرا أو ودعيا وكذا في خروج الامين عن الامانة بالتأخير فيصير ضامنا كالغاصب وانما الخلاف في بطلان ما ينافي الدفع من العبارات والقوانين الاصولية تقتضي البطلان على بقاء الوجوب الفوري في الدفع وعدم استثناء وقت العبادات وعدم كون العبادة مضيقة قال وهو ظاهر بل نجد الاتفاق في ذلك بعد التأمل حيث نجد ان القائل بالعدم يقول به وكذا الحكم في كل الفوريات كالزكوة والخمس والمال الموصى به في الفقراء بل ما دفع للصرف الى مصرف الا أنه لا تشترط المطالبة اذا كان المصرف عاما كالزكوة فانه لا يتوقف على الطلب اذ ليس مطالب معين صرح به في الدروس وكذا اذا كان خاصا وما علم به وكذا الواجب لنذر وشبهه والكفارات ولكن في الفورية هنا تأمل والاصل ينفيها وكذا عدم كون الامر للفور وقد تقدم لنا في باب الدين الكلام في هذه المسئلة وقد بلغنا فيها بلطف الله أسد الغايات وقد قلنا في باب الوديعة ان الكتاب والسنة والاجماعات تدل على وجوب الرد مع الطلب وان القاعدة المقررة قاضية بذلك وهي وجوب الاقتصار في وضع اليد على مال الغير على القدر المتحقق معه اذنه والمطالبة برده قاضية بانقطاعه فلا يجوز ابقاؤه بعدها وقلنا ان مطلق التأخير ولو كان قليلا لغير عذر يوجب الضمان وليس كتأخير الشفعة عرفيا وقلنا ان العذر عقلي وشرعي وعادي وقلنا ان العذر الشرعي كاكمال الصلوة وان كانت نافلة عند بعض وعند بعض أنه يقطع النافلة وان العادي كانتظار المطر المانع فانه عذر عند بعض وليس بعذر عند آخرين وان الفراغ من الحمام وأكل الطعام ليس عذرا عند المصنف في الكتاب والتذكرة والمحقق الثاني في جامع المقاصد وعدها في التحرير اعذارا وفي (المسالك والروضة والكفاية) ان فيه وجهين (وقال في المسالك) في الباب ان الفراغ من الحمام وأكل الطعام ونحو ذلك من الاعذار صرح به في التذكرة (قلت) وفي جامع الشرائع وقال في المسالك والعجب أنه أي المصنف في التذكرة في الوديعة حكم بأنه لا يعذر في ردها مع الطلب الا بتعذر الوصول الى الوديعة واكمال صلوة الفرض دون النفل وغيره من الاعذار العرفية مع ان الامر في الوديعة أسهل لأنها مبنية على الاحسان المحض الذي يناسبه التسهيل بخلاف الوكالة اذ قد تدخلها اغراض الوكيل كالجعل وغيره فلا أقل من المساواة انتهى وما اورده وارد عليه فانه لم يرجح في الفراغ من الحمام وأكل الطعام في الوديعة في المسالك والروضة وقد جزم به في الباب في الروضة قال فلو أخر مع الامكان عرفا بأن لا يكون على حاجة يريد قضاءها ولا في حمام أو أكل طعام ونحوها من الاعذار العرفية ضمن وهو ظاهره اوصريحه في المسالك كما سمعت فيقال له لا أقل من المساوات وكذلك صنع في (جامع ظ) المقاصد لم يعد هذين عذراً في الوديعة وعدها في الباب ﴿ قوله ﴾ ﴿ ولو

ولو وعده بالرد ثم ادعاه قبل الطلب لم يسمع منه الا ان يصدقه الموكل وفي سماع بينته اشكال ولو لم يعده لكن مطله برده مع امكانه ثم ادعى التلف لم يقبل منه الا بالبينة (متن)

وعده بالرد ثم ادعاه قبل الطلب لم يسمع منه الا أن يصدقه الموكل وفي سماع بينته اشكال﴾ الاصل في ذلك قوله في المبسوط فاما اذا لم يكن لعذر مثل أن يكون المال معه حاضراو هو فارغ غير متلبس بشغل فأخره الى وقت آخر مثل أن يقول له أرده عليك غدا صار ضامنا ذلك لانه متعد بترك الرد مع الامكان فان ادعى بعد ذلك التلف فذكر انه كان قد تلف قبل المطالبة أو ادعى الرد قبل المطالبة لم يقبل قوله في ذلك لانه صارخائنا ضامنا فاما اذا قال تلف قبل المطالبة أو رددته قبل المطالبة وأنا أقيم البينة على ذلك فهل تقبل بينته ام لا فيه وجهان (أحدهما) وهو الصحيح انها تسمع منه لان يقيمها على تلف أو رد لو صدقه عليه لم يلزمه الضمان فكذلك اذا قامت عليه البينة (والثاني) لا تسمع لانه كذبها بقوله أرده عليك وقتا آخر لان ذلك يقتضي سلامته و بقاؤه في يده وفي الناس من قال هذا القول أصح وأرجح لانه بقوله الثاني مكذب لقوله الاول ومكذب لبينته بقوله الاول واما اذا صدقه على تلفه فقد أقر ببراءته فلا تجوز له مطالبته وليس كذلك اقامة البينة لانه لم يبرءه صاحب المال بل هومكذب لها فكأنه لم يقم البينة ولم يبرءه صاحب المال فلزمه الضمان انتهى فقد فرض المسئلة فيما اذا ادعى التلف قبل المطالبة والرد قبلها كما فرضت كذلك في التذكرة والتحرير والمختلف وقد استدل على القولين في التذكرة بما استدل به في المبسوط من دون ترجيح كما انه في التحرير استشكل كالكتاب لكنه في المختلف كولده في الايضاح رجح بطلان بينته وقواه في جامع المقاصد وهو كذلك ثم عد الى عبارة الكتاب ففي (الايضاح) ان الضمير البارز في ادعاه راجع الى التلف بقرينة مابعده وفي (جامع المقاصد) انه راجع الى الرد وقال انه المتبادر الى الفهم والمناسب لقوله قبل الطلب لان الحكم هنا لا يختص بما اذا ادعى التلف قبل الطلب بل لو ادعى حصوله قبل الوعد فالامر كذلك ايضا فكان الاولى أن يقول ثم ادعاه قبل الوعد لانه اشمل (قلت) الغالب أن زمان الطلب وزمان الوعد واحد لان الوعد جواب الطلب ولهذا فرضت المسئلة في الكتب الثلاثة في التلف والرد قبل الطلب كما عرفت ثم ان الحكم لا يختلف الا أن تقول ان مراده في جامع المقاصد بالطلب الطلب الصادر بعد الوعد لانه خلاف ظاهر المبسوط أو صريحه الذي هو الاصل في ذلك ثم دعوى الرد للثمن أو للعين قبل الطلب اظهر في الثاني ووجه قوة عدم السماع ان البينة ليست كالاقرار من كل وجه وان سماعها فرع سماع الدعوى اذا اشترط في قبول البينة سبق الدعوى الصحيحة عليها والشرط منتف والا عد في ذلك تعليل المبسوط وهو الناقص لان عدم سماعها على التعليل الاخير لمكان تبرعها فهو تعليل بعدم شرط يمكن وجوده لانه له ان يرفعه الى حاكم آخر عند القائلين به والعليل بالتناقض رفع لها من أصلها وفي (جامع المقاصد) أنه لو أظهر تأويلا لوعده كنسيانه واعتماده على قول وكيله أو مكتوب ورد اليه ونحو ذلك قبل لان ذلك مما تعم به البلوى وقد يعول الشخص في أمثال ذلك على ظاهر الحال فلو بلغت المؤاخذة به هذا الحد لزم الضرر ولم يتعرضوا لما اذا ادعى التلف بعد الطلب والوعد وقضية كلامهم انه تسمع بينته وهو كذلك كما سننبه عليه

﴿ قوله ﴾ ﴿ ولو لم يعده لكن مطله برده مع امكانه ثم ادعى التلف لم يقبل الا بالبينة ﴾ كما في التذكرة والتحرير أي لو لم يعد الوكيل الموكل بالرد في الصورة السابقة لكن مطله بالرد مع الامكان

ولو امره بقبض دينار من مال مودع فقبض دينارين فتلفا فللمالك مطالبة من شاء بالزائد ويستقر الضمان على الوكيل والاقرب ضمان المأذون فيه (متن)

بان أخره من غير عذر فانه يصير ضامنا بذلك ويخرج عن الامانة فاذا ادعى التلف قبل الطلب لم يقبل منه ذلك الا بالبينة لانه صار ضامنا وخرج عن الامانة كذا علل في التذكرة ولعل الوجه في كونه ضامنا انه قصر لان الواجب عليه الرد ان كان باقيا والجواب بالتلف ان كان تالفا لان الجواب حق الموكل كما ان الجواب حق المدعي فلما لم يجب من غير عذر كان مقصرا فكان خائنا ضامنا فتأمل جيدا (وأورد عليه في جامع المقاصد) من وجه آخر وترك هذا على حاله وهو ان الضمان لا ينافي قبول دعوى التلف باليمين كما تقدم في الغاصب مع انه مؤاخذ باشق الاحوال والحال فيما اذا ادعى الرد في هذه الصورة قبل الطلب كالحال فيما اذا ادعى التلف قبل الطلب وكما ان الحكم كذلك لو طلبه فوعده ثم ادعى التلف بعد الوعد والطلب فانه لا يقبل منه الا بالبينة لانها لا تنافي دعواه كما تنافيها لو ادعى التلف قبل الوعد لكنا قيدنا التلف في العبارة بكونه قبل الطلب لان المراد بالتلف التلف المعهود سابقا وهو التلف قبل الطلب لمكان قوله لم يعده لانا لو لا القيد أعني كونه قبل الطلب ما احتجنا في تصوير المسئلة الى قوله ولم يعده لانك قد عرفت ان دعواه التلف بعد الطلب وبعد الوعد أيضا كذلك لعدم التنافي (وكيف كان) فاذا قامت البينة بالتلف قبل المطل فيما نحن فيه فلا ضمان سواء كان عالما بالتلف حين المطل ام لا لعدم وجود التنافي المانع من سماعها فيما سبق كذا في جامع المقاصد وهو مطالب بوجه عدم الضمان اذ حكمه وحكم المصنف في التذكرة بالضمان في مسئلة الكتاب يقضي به هنا وكذا ما وجهناه به نحن فليلحظ ﴿ قوله ﴾ ﴿ ولو أمره بقبض دينار من مال مودع فقبض دينارين فتلفا فللمالك مطالبة من شاء بالزائد ويستقر الضمان على الوكيل ﴾ كما في التحرير وجامع المقاصد والمراد أنه قبض الدينارين دفعة لانه لو قبضهما على التعاقب كان قبض الاول صحيحا لا ضمان فيه فلو فرض على التعاقب لم يستتم قوله والاقرب الى آخره ولعل المراد أيضا ان المستودع كان عالما بكذب الوكيل أو صدقه بمجرد دعواه الوكالة كما ستعرف وأما ان له مطالبة من شاء منهما فلان هذا ضمن لدفعه وهذا تعدى بقبضه وأما استقرار الضمان على الوكيل فلان التلف استقر في يده فاذا رجع عليه المالك لم يرجع على أحد ولو رجع على المستودع رجع عليه وقد صرح بذلك كله في التذكرة فيما اذا كان لاحد له عليه دين فدفع للرسول أزيد مما امره بقبضه فلا فرق بين أن يكون المال مودعا او دينا ﴿ قوله ﴾ ﴿ والاقرب ضمان المأذون فيه ﴾ وفي (الايضاح) انه الاصح وظاهر التحرير أنه لا يضمن لانه ترك ذكره وفي (جامع المقاصد) ان فيه قوة و بعدم الضمان صرح في التذكرة في مثله ولعله هو الاقوى لعدم تقييد المأذون بكونه واحدا أو منفردا والاذن في قبض دينار في الجملة ممكن ولا حاجة الى تشخيصه كما أنه يمكن الابراء منه كذلك فاذا انضم الى غيره لم يخرج عن كونه مأذونا فيه وكون المجموع غير مأذون في قبضه لا يقتضي كون ابعاضه كذلك واستوضح هذين فيما اذا ضم اليه درهما قولك لا أولوية لاحد الدينارين على الآخر في كون احدهما مضمونا دون الآخر قلنا فيه لا حاجة الى نسبة الضمان وعدمه الى واحد معين مشخص ليرد ما قلت اذ يكفي تعلق الحكم باحدهما كما اذا اشتبه ديناره بدينار غيره وقبضهما معا من دون اذن الغير بل استوضح ذلك فيما اذا كانا من مال الدافع كما يأتي بلا فاصلة فانه لم يضمن

ولو كان من مال الدافع لم يكن له مطالبة الباعث بأكثر من الدينار ويطالب الرسول بالزائد ولو أمره بقبض دراهم من (عن خ ل) دين له عليه فقبض الرسول دنانير عوضها فان اخبره الرسول بالاذن في الصرف ضمن الرسول والا فلا ولو وكله في الايداع فاودع ولم يشهد لم يضمن اذا انكر المودع (متن)

الرسول كلا منهما مع ان قضيته ما قربه هناك أنه يضمنها لان ما ذكر في وجه القرب جار فيه وهو ان المأذون فيه دينار واحد غير مختلط والمقبوض خلاف ذلك فالمقبوض ليس بمأذون فيه فلزم ضمانه كله ولانه لا أولوية لاحدهما على الآخر في كون أحدهما مضموناً دون الآخر فليتدبر وقد أطلق المصنف على أحدهما كونه مأذوناً فيه لتساويهما قدراً وقد فرض المسئلة في الايضاح بان كلا منهما عالم بالزيادة وفرضها في جامع المقاصد بأن المستودع جاهل بها مغرور بقول الوكيل لانه قال في وجه استقرار الضمان على الوكيل ان الغرور نشأ منه وكلا الفرضين غير متجه لان المسئلة تتصور لهما وبكل واحد منهما فيتصور جهل ضمان المستودع مع جهله اذا عول على مجرد دعواه الوكالة على تأمل كما يأتي لا فيما اذا اثبتها عند الحاكم ففيه تأمل ومراد المصنف بضمان المأذون فيه ان للمالك أن يطالب من شاء ويستقر الضمان على الوكيل وفي (الايضاح) ان المراد او ضمان القابض وان أراد استقراره فذاك لكنه قال في وجه عدم ضمانه ان الخلط ليس منه فليلحظ ﴿ قوله ﴾ (ولو كان من مال الدافع لم يكن له مطالبة الباعث بأكثر من الدينار ويطالب الرسول بالزائد) كما في التذكرة وجامع المقاصد لانه وكيل الباعث في قبض أحد الدينارين وهو عاد فيما زاد فاذا تلفا في يده فضمان المأذون فيه على الآمر الباعث والآخر على الرسول وقد عرفت انه يلزم المصنف تضمين الرسول كليهما لان المأذون فيه دينار واحد غير مختلط (الا أن تقول) لا حاجة في هذا الفرض الى فرض الدفعة وهو متجه في صورة علم الدافع بأن الزائد ليس بأمر الباعث وصورة تسويته على قوله كما عرفت فيما سبق ﴿ قوله ﴾ (ولو أمره بقبض دراهم من دين له عليه فقبض الرسول دنانير عوضها فان أخبره الرسول بالاذن في التصرف ضمن الرسول والا فلا) أي وان لم يخبره الرسول بالاذن في التصرف وتلف المقبوض كان من ضمان الباعث كما صرح بذلك كله في التذكرة والتحرير وجامع المقاصد لانه اذا أخبره الرسول فقد غره فيكون الضمان عليه لتلف المقبوض عدوانا في يده (الا أن تقول) أنه لا ريب في ضمان الرسول لكن هل للباعث مطالبة الدافع لانه استراح الى قول الرسول من دون تثبت وجهان كما تقدم وأما كونه من مال الباعث اذا لم يخبره فلانه انما امره بقبض دينه وهو دراهم فاذا دفع اليه دنانير كان قد صارفه من غير أمره والشرط في الصرف رضا الطرفين وقد دفع المديون الى الرسول غير ما أمره به المرسل فكان الرسول وكيلا للباعث في تأديته الى صاحب الدين ومصارفته اياه فاذا تلف في يد وكيله كان من ضمانه ﴿ قوله ﴾ ولو وكله في الايداع فاودع ولم يشهد لم يضمن اذا انكر المودع) كما في المبسوط والشرائع والارشاد وشرحه لولده واللمعة وجامع المقاصد والمسالك والروضة ومجمع البرهان ووديعة المبسوط والشرائع والكتاب والتذكرة والتحرير والمختلف واستشكل في ذلك في الباب في التذكرة وكذا التحرير لعدم الترجيح فيه كما تقدم الكلام في ذلك كله في باب الوديعة وحكينا عن المسالك والكفاية أنه حكى فيهما القول بأنه يجب الاشهاد في الوديعة وقلنا انا لم نجده لاحد من اصحابنا في باب الوديعة ولا الوكالة ولا الرهن ولا الضمان ومثل الوكالة في

ولو أنكر الآمر الدفع الى المودع فالقول قول الوكيل لانهما اختلفا في تصرفه فيما هو وكل فيه ولو كان وكيلا في قضاء الدين فلم يشهد بالقضاء ضمن على اشكال وكل من في يده مال لغيره أو في ذمته له ان يمتنع من التسليم حتى يشهد صاحب الحق بقبضه (متن)

الايداع في عدم وجوب الاشهاد رد الوديعة على وكيل المودع كما صرح به المصنف والمحقق الثاني في وديعة الكتاب مستندين في الاول الى ان الودائع حقها الاخفاء وأنه مطلوب فيها ومع عدم جريان العادة بذلك وفيه وفي الثاني الى أن قول المستودع مقبول في الرد والتلف فلا يؤثر عدم الاشهاد في تفريطه والمطلوب ايصال الحق الى مستحقه ويد الوكيل كيد الموكل فكما لا يجب الاشهاد عند الدفع الى المودع فكذا الى الوكيل وينبغي الاستناد فيهما وفيما يأتي الى أصل البراءة وعدم كون الاشهاد من مقتضيات الوكالة ﴿ قوله ﴾ ﴿ ولو انكر الآمر الدفع الى المودع فالقول قول الوكيل لانهما اختلفا في تصرفه فيما وكل فيه ﴾ هل وقع على الوجه المأذون فيه فلا يتوجه عليه مطالبه ولم يصر خائنا أم لا والاصل براءة ذمته وعدم خيانته فيقدم قوله بيمينه كما صرح بذلك في جامع المقاصد ﴿ قوله ﴾ ﴿ ولو كان وكيلا في قضاء الدين فلم يشهد بالقضاء ضمن على اشكال ﴾ ونحوه ما في الشرائع من التردد وقد نص على الضمان في ذلك في المبسوط والتذكرة والتحرير والارشاد وشرحه لولده والايضاح واللمعة وجامع المقاصد والمسالك والروضة وضمان الكتاب وجامع المقاصد ووديعتهما ورهن المبسوط والتذكرة والتحرير والايضاح ومثل الدين تسليم المبيع وتسليم المستعير والمستأجر العين المستعارة او المؤجرة وقد قيد جماعة اطلاقهم بما اذا لم يكن الاداء بحضرة الموكل واختير في مجمع البرهان عدم وجوب الاشهاد وقد مال اليه او قال به في المختلف للاصل وانه ليس من مقتضيات التوكيل والامر (قلت) مع استمرار الطريقة على العدم ولزوم سد باب الوكالة ووجه الوجوب ان الوكيل أمين والمطلوب للموكل انقطاع المطالبة وبراءة الذمة بدفع ثابت يمكن الرجوع اليه عند الحاجة فاذا ترك كان قد قصر وخان مع امكان دعوى الاجماع حيث يحكمون بذلك على سبيل الجزم من دون اشكال ولا تردد الا ممن عرفت مع انا لا نجد مخالفا مصرحا بذلك قبل مولانا المقدس الاردبيلي وتمام الكلام في المسألة وأطرافها في باب الوديعة ﴿ قوله ﴾ ﴿ وكل من بيده مال لغيره أو في ذمته له أن يمتنع من التسليم حتى يشهد صاحب الحق بقبضه ﴾ كما في الشرائع والتذكرة والتحرير والارشاد واللمعة وجامع المقاصد والمسالك والروضة والمفاتيح وفي (الكفاية) انه الاشهر وهذا هو الذي وجده صاحب الحدائق في فتاوى من حضره كلامه وقال ان التفاصيل لم يقف على قائل بها منا وانما نسبها في التذكرة الى الشافعية ويظهر لنا أنه لم يحضره المبسوط ولا جامع الشرائع ولا التحرير كما ستسمع (احتجوا) بأن تكلف اليمين ضرر عظيم وان كان صادقا وأذن الشارع فيها ورتب الثواب عليها خصوصا ذوي المراتب فان ضرر الغرامة عليهم أسهل من ضرر اليمين وقد تفادى عن اليمين زين العابدين وخير الساجدين عليه السلام من رب العالمين بمهر زوجته الخارجية حين ادعت عليه مهرا لها عند قاضي المدينة فالزمه اليمين فامر ابنه الباقر عليه السلام بدفعه اليها اجلالا لله سبحانه أن يحلف به وان كان صادقا ولا ريب ان للدافع أن يشهد أيضاً لكن الظاهر أنهم أرادوا التنبيه على الفرد الاخفى واختار في المبسوط ان المطالب بالتسليم ان كان ممن يقبل قوله في التلف والرد مثل المودع والوكيل بلا جعل لم يكن له

سواء قبل قوله في الرد او لا وسواء كان بالحق بينة او لا (متن)

ذلك وكان له أن يرد ذلك ومتى أخر الرد لزمه الضمان لأنه لاحاجة به الى الشهادة لان ا كثر ما يتوقعه منه أن يدعي عليه المال فاذا ادعى هو الرد كان القول قوله مع يمينه فاذا لم يكن به حاجة الى البينة لم يكن له الامتناع عن الرد ووافقه على ذلك صاحب جامع الشرائع وزاد ما اذا لم يكن مشهودا به عليه فان كان قد اشهد عليه كان له الامتناع حتى يشهد (وقال في التحرير) بعد ان وافق ما في الكتاب ما نصه هذا اذا لم يؤد الاشهاد الى تأخير الحق فان ادى الى ذلك فالوجه وجوب الدفع فيما يقبل فيه قول الدافع مع اليمين (وقال في مجمع البرهان) انفي فتح هذا الباب اشكالا اذ قد يتعذر وجود عدلين مقبولين خصوصا في زماننا فان أهله يمتنعون عن الصلوة جماعة بل صارت معدومة بالكلية لعدم العدل مع سهولة الامر في ذلك ويرتكبون الطلاق مع صعوبة الامر فيه بالنص والاجماع فلا يبعد عدم الجواز مع التعذر أو التعسر لمنع صاحب المال عن ماله الذي يدل العقل والنقل على قبحه خصوصا اذا استلزم فوات المصالح مع انا ما نعرف دليلا واضحا على جواز ذلك المنع الا احتمال اليمين وهو لا يعارض العقل والنقل على أنه قد لا يلزم بل قد يعلم من حال صاحب المال اكتفاء ذلك وأنه لا محذور منه وعلى تقديره فليس باشد من منع المال عن مالكه مع أنه قد لا يفيد تكليفه بذلك لعدم حضور الحاكم في ذلك البلد وانه قد يسد ابواب المعاملة مثل الدين والعارية والاجارة وغيرها فان الشهود انما تنفع مع الحاكم على ما قالوه وقد لا يكون الحاكم وقد تموت الشهود أو تخرج عن شرط القبول وبالجملة الحكم الكلي مشكل الا ان يكون نص أو اجماع ولكن لا اجماع لأنه قال في التذكرة فالاقرب ان له ذلك انتهى ما أردنا نقله من كلامه وقد فزع في نفي الاجماع الى الاقرب وكأنه لم يظفر بالمبسوط وجامع الشرائع والتحرير والظاهر ان مراد الاصحاب ان له الامتناع حيث يخاف الضرر والتغشير والانكار لأنه لا ضرر ولا ضرار وما كانوا ليريدوا الا ذلك والا كان كالمسرع تحت الجدار المستهيم مخافة ان يسقط عليه واذا كان المراد ذلك والحكم كذلك كان المالك مقدما على ذلك ولا مخالفة في ذلك لعقل ولا لنقل فتأمل (وليعلم) ان هذا انما يكون في الحقوق الخاصة المتعلقة بالاشخاص التي تحتاج الى اليمين أو الشهود فلا يرد ما في المسالك على قولهم كل من في يده مال لغيره أو في ذمته الى آخر أنه يشمل نحو الحقوق الواجبة كالزكوة فانها حق في الذمة أو في يده على تقدير عزلها وليس له التأخير الى ان يشهد على دفعها هذا وفي (التذكرة وجامع المقاصد) أنه لا فرق في ذلك بين المديون والغاصب وهو كذلك (وليعلم) أنه قد عبر في الشرائع والتحرير كالكتاب وقد ناقشهما المحقق الثاني والشهيد الثاني في قولهما في الكتب الثلاثة حتى يشهد صاحب الحق بقبضه بأنه اذا لم يدفع اليه كيف يشهد بالدفع فانه ليس بصحيح وقالا كان الاولى أن يقول حتى يشهد على قبضه (وفيه) انهما بمعنى وأنه لا فرق بينهما أصلا لانهما ان اراد انه له ان يمتنع من التسليم حتى يشهد على قبضه بعد القبض فهو فاسد وان أراد قبله عاد المحذور وان أراد حينه صحتا معا (سلمنا) ولكنا نقول الباء بمعنى على كقوله تعالى ومنهم من ان تأمنه بقنطار أو نقول يصح الاشهاد بالقبض قبل القبض اقامة لرسم الشهادة كما صححوا ذلك في القبالات اقامة لرسم الشهادات

﴿ قوله ﴾ ﴿ سواء قبل قوله في الرد أولا وسواء كان بالحق بينة أولا ﴾ كما صرح بذلك في التذكرة والتحرير وجامع المقاصد والمسالك والروضة وكذا الشرائع وهو قضية اطلاق الباقين

واذا اشهد على نفسه بالقبض لم يلزمه دفع الوثيقة واذا باع الوكيل ما تعدى فيه برىء من الضمان بالتسليم الى المشتري لانه تسليم مأذون فيه فكان كقبض المالك (متن)

﴿ قوله ﴾ ﴿ واذا اشهد على نفسه بالقبض لم يلزمه دفع الوثيقة ﴾ كما في التحرير وجامع المقاصد ولا تمزيقها كما في الاول أيضا لانه أي صاحب الحق لا يأمن أن يدعي عليه الدافع المديون او المستودع مثلا بما اقبضه فيحتاج الى اليمين لنسيان البينة أو موتها أو نحو ذلك ولاصالة براءة ذمته من وجوب دفع ملكه الى غيره وقد يقال ان الاول معارض بمثله لان الدافع لا يأمن ان يدعى عليه بما وفيا مرة أخرى وقد تكون ملكا للدافع كما هو المتعارف فينبغي أن يدفع له وثيقة تتضمن براءته مما كان في يده أو في ذمته ولعله لذلك تركه الباقون ﴿ قوله ﴾ ﴿ واذا باع الوكيل ما تعدى فيه برىء من الضمان بالتسليم لانه تسليم مأذون فيه فكان كقبض المال ﴾ اما انه يبرء اذا تعدى بالتسليم فقد صرح به في المبسوط والجامع والشرائع والتذكرة والتحرير والكتاب فيما يأتي في اوائل المطلب الخامس وجامع المقاصد والمسالك والكفاية وفي (التذكرة) الاجماع عليه وفي (المسالك) أنه لا خلاف فيه لما ذكره المصنف ولان المشتري قد ملكه فاذا أوصل اليه باذن المالك زال الضمان وهل يزول الضمان بمجرد البيع (وجهان ط) أقربهما العدم وفاقا للمحقق الثاني والشهيد الثاني والمصنف في التذكرة في أول كلامه وقال بعد ذلك نحن فيه من المترددين (وقال في التحرير) فيه نظر وقد وقع سقط في المبسوط في المقام وكانه لا ترجيح فيه (وجه الزوال) أنه قد زال ملك الموكل عنه بالبيع ودخل في ملك المشتري وضمانه ووجه العدم أنه ربما بطل العقد بتلفه قبل قبض المشتري فيكون التلف من ملك الموكل (وليعلم) أنه اذا باعه وقبض الثمن كان الثمن امانة في يده وان كان أصله مضمونا لانه قبضه باذن الموكل كما في المبسوط والتذكرة والتحرير والمسالك ومثله مالو تعدى في الثمن ثم اشترى به وقبض المبيع ولو رد عليه بعيب ففي عود الضمان وجهان اجودهما العدم كما في المسالك وفيما يأتي من الايضاح وجامع المقاصد انه الاصح وفي (التحرير) ان الوجه عود الضمان وبه جزم في التذكرة واستشكل في الكتاب فيما يأتي (وليعلم) أن في المسالك أن موضع الاشكال على تقدير جواز رده عليه أي الوكيل ولعله فهمه من قولهم فرده المشتري عليه كما في التذكرة والتحرير من قوله فيما يأتي من الكتاب فان رد المبيع عليه وقد يفهم من ذلك الرد على الموكل ثم أني لم أجد بعد فضل التتبع تصريحا بجواز رده عليه الا ماسمعته من هذه العبارات ولا تصريحا بانه له ان يتسلم المبيع حينئذ من دون اذن جديد ولعلنا نقول انه له ذلك اذا لم يعلم المشتري بوكالته ولا تصريحا بانه هل ينعزل عن الوكالة بفعل هذا البيع أم تبقى وكالته وينبغي التثبت والتأمل في ذلك وقضية كلامهم جميعا أنه اذا تعدى الوكيل لا تبطل وكالته وان ضمن وبه صرح في المبسوط والجامع والشرائع والتذكرة والتحرير والارشاد وجامع المقاصد والمسالك ومجمع البرهان بل لا خلاف فيه الا من ابي علي ومن الشافعية في أحد الوجهين لانها امانة فترتفع بالتعدي كالوديعة (وفيه) ان الوديعة امانة محضة والوكالة مركبة من الامانة والاذن فاذا تعدى زالت أمانته وبقي اذنه ووكالته كما هو الشأن في الرهن اذا تعدى فيه فانه لا يبطل به كونه وثيقه ويصير مضمونا على المرتهن ثم تبطل وكالته اذا تعدى فيما تشترط فيه عدالته كوكيل ولي اليتيم وولي الوقف وسيتعرض المصنف لهذه المسائل في أوائل المطلب الخامس

واذا وكله في الشراء ودفع الثمن اليه فهو او الموكل المطالب به وان لم يسلم اليه وانكر البائع كونه وكيلا طالبه والا فالموكل (متن)

﴿ قوله ﴾ (واذا وكله في الشراء ودفع اليه الثمن فهو أو الموكل المطالب به) كما في التذكرة وجامع المقاصد والمسالك ومجمع البرهان والمفاتيح والمراد أنه دفع اليه مالا ليجعله ثمنا واطلاق عبارة الكتاب يتناول ما اذا اشترى الوكيل في الذمة ثم دفع اليه الثمن وما اذا اشترى بعين ذلك المال الذي في يده لايجوز للبائع مطالبة الموكل وانما يطالب الوكيل لأنه قد انحصر حقه في ذلك المال المبين وبذلك صرح فيما عدا التذكرة من الكتب الاربعة وأشار اليه فيها اشارة وتحريره أنه متى كان الثمن معينا والمطالب به من هو في يده سواء في ذلك الوكيل والموكل وان كان في الذمة ودفعه الموكل الى الوكيل ليصرفه في الثمن تخير البائع في مطالبة أيهما شاء مع علمه بالوكالة أما الوكيل فلان الثمن في يده واما الموكل فلان الشراء له وما دفعه لم ينحصر في الثمن بعد وفي (الشرائع والارشاد والكفاية) ان المطالبة تختص بالموكل مع العلم بالوكيل (لا ظ) مع الجهل (أما الاول) فلاعترافه بانه وكيل وان الثمن ليس في يده فلا حق له عنده (وأما الثاني) فلان العقد وقع معه فالثمن لازم له فكلامهم في صورة العلم بالوكالة لا بد من حمله على ان الموكل لم يسلمه الثمن كما يأتي للمصنف في الكتاب والتذكرة والا فلوسلم الثمن الى الوكيل وأذن له في التسليم فقد عرفت ان للبائع مطالبة من شاء منهما ولا بد أيضا من تقييد ذلك بما اذا كان الشراء بالذمة لانك قد عرفت حال ما اذا كان بالعين وهناك قيود أخر تأتي ولم يلتفت الى شيء من ذلك في المبسوط قال واذا اشتراه وذكر في العقد أنه يشتريه لموكله كان للبائع ان يطالب ايهما شاء من الوكيل والموكل ويكون دخول الوكيل في هذا التصرف بمنزلة دخول الضامن في الضمان فان أعطاه كان له الرجوع على الموكل بما وزن لأنه توكل له باذنه في الشراء وذلك يتضمن تسليم الثمن وكان الاذن في الشراء اذنا فيه وفيما يتضمنه انتهى وظاهر كلامه الاول أنه لم يسلمه الثمن كما أنه قد يظهر من كلامه الاخير ان الموكل سلمه الثمن فقصر خلافه على صورة ما اذا لم يسلمه كما في جامع المقاصد لعله لم يصادف محله كما ان القول بانه خلط ما لحظه بعض العامة من أنه يدخل في ذمة الوكيل تبعا كما في المسالك ليس في محله وكأنهما لم يلحظا آخر كلامه بل عولا على ما حكي عنه في المختلف والشرائع وفيما حكيناه عنه خلل عظيم لانه اقتصر في الشرائع على قوله اذا اشترى لوكيله كان البائع بالخيارة ان شاء طالب الموكل وان شاء طالب الوكيل وفي (المختلف) اقتصر على أول كلامه الى قوله بما وزن والا فآخره لازم للمصنف في كتب الاربعة ولمن وافقه في أنه لو وكله في الشراء ملك تسليم ثمنه واذا ملك تسليم ثمنه وكان في يده أم لم يكن كان للبائع مطالبته لانه هو ممن ملك تسليم الثمن فكيف يعدونه مخالفا مطلقا لان الجمع بين كلاميه يقضي بأنه اذا كان مأذونا في تسليم الثمن فان كان سلمه سلم والا سلم من عنده كما تقدم لنا حكاية ذلك كله ﴿ قوله ﴾ (وان لم يسلم اليه وأنكر البائع كونه وكيلا طالبه والا فالموكل) ومثل انكار كونه وكيلا قوله لا ادري وقد عرفت الوجه في مطالبة الموكل في صورة العلم بكونه وكيلا ولكن لا يكفي في ذلك اعتراف الموكل بها لامكان تواطئهما على اسقاط حق البائع عن مطالبة الوكيل لكن هنا له الرجوع على من شاء منهما صرح به في التذكرة وكذا المسالك وفي (مجمع البرهان) أنه غير بعيد خصوصا اذا كان المقر قويا ولا يمكن الاخذ منه الآن

﴿وفي مطالبة الوكيل مع العلم اشكال خ﴾ ولو تلف المبيع في يد الوكيل بعد ان خرج مستحقا طالب المستحق البائع او الوكيل أو الموكل الجاهلين ويستقر الضمان على البائع (متن)

فيه تأملا لان صاحب اليد مقر بأنه لغيره ولم ينكره من أقر له فينبغي القبول الا اذا كان بعد العقد فلا يقبل قوله (قلت) الكلام فيه فليتأمل في كلامه وقد عرفت الوجه في مطالبة الوكيل في صورة الجهل بكونه وكيلا حيث لا يكون الثمن في يده والمراد بالجهل المستمر من حين العقد الى حين القبض فلو حصل بها حين العقد ثم ثبتت وكالته ففيه وجهان مطالبة الموكل ومطالبة الوكيل لانه قد لا يكون راضيا بمطالبة الموكل لو علم ابتداء بان الشراء له وهو ضعيف جدا ﴿قوله﴾ ﴿وفي مطالبة الوكيل مع العلم اشكال﴾ هذا اشارة الى مافهموه من كلام المبسوط وهو مذكور في بعض نسخ الكتاب ولم يذكر في بقية ما عندنا من نسخه كما أنه لعله لذلك لم يتعرض له في الايضاح وجامع المقاصد ﴿قوله﴾ ﴿ولو تلف المبيع في يد الوكيل بعد ان خرج مستحقا طالب المستحق البائع أو الوكيل أو الموكل الجاهلين ويستقر الضمان على البائع﴾ قد تقدم لنا في باب المكاسب ان من اشترى عينا وتسلمها وسلم ثمنها وتلفت في يده ثم ظهر انها مستحقة فان مالكها مخير في الرجوع بقيمتها ان كانت قيمية على البائع والمشتري لان كلا منهما جرت يده عليها فان رجع على البائع لم يرجع المشتري بالثمن ان كان بقدر قيمتها فما دون لان المشتري دخل على أنها اذا تلفت يكون تلفها منه في مقابلة الثمن وان كان الثمن أزيد من القيمة رجع بالزيادة من الثمن لان كون العين مضمونة عليه يقتضي ضمانها بقيمتها دون ما زاد وان رجع على المشتري رجع المشتري بالثمن كيف كان زادت القيمة على الثمن أولا وان الاصح أنه يرجع بما زاد من القيمة على الثمن لانه دخل على أنها مضمونة عليه بالثمن لاغير فاذا غرم زيادة لم تكن محسوبة عليه فيرجع بها على البائع (اذا تقرر هذا) فاذا وكله في الشراء فاشترى عينا وقبضها الوكيل حيث يسوغ له القبض وتلفت في يده بغير تفريط ثم ظهر استحقاقها كان المالك بالخيار في مطالبة كل من البائع والوكيل والموكل بالقيمة اما البائع فلاثبات يده على العين ومثله الوكيل وأما الموكل فلان الوكيل نائبه ويده يده وذلك اذا كان الوكيل جاهلا بالغصب أما مع العلم فلا لان الموكل لم يأذن له في قبض المغصوب مع ان الاذن فيه لا اعتبار به ويستقر ضمان ما زاد على الثمن من القيمة على البائع العالم بالغصب اذا استرجع الموكل منه الثمن على تقدير تسليمه له اذ لا يتصور أن يجب على البائع رد الثمن وضمان القيمة أيضا لان يد المشتري يد ضمان بالثمن على معنى أنه ان تلف المبيع يكون منه في مقابلة الثمن فيتحصل من هذا ان قرار ضمان الثمن على الموكل وقرار ضمان ما زاد عليه من القيمة على البائع لان الثمن المدفوع الى البائع باق على ملك الموكل فاذا غرم البائع القيمة لم يكن للموكل استرجاع الثمن منه ان كان بقدر القيمة فما دون نعم لو كان زائدا استحق أخذ الزائد (وقال في التذكرة) في المسئلة ان للمالك مطالبة الوكيل فان لم يكن قد فرط رجع بما غرمه على الموكل لانه أمينه لاضمان عليه وان رجع على الموكل لم يرجع على الوكيل بل استقر الرجوع على الموكل فلعله يريد أن ضمان الثمن يستقر على الموكل أو ان ذلك بالنسبة الى الوكيل لامنع الرجوع على البائع وعبارة التذكرة والايضاح خير من عبارة الكتاب حيث قالا فيما لو تلف المبيع في يد الوكيل ثم ظهر كونه مستحقا وأما عبارة الكتاب فاسدة لانه اذا تلف المبيع في يد الوكيل بعد علمه بانه مستحق للغير ولم يرده فورا كان قرار الضمان عليه وان كان جاهلا وقت قبضه

وهل للوكيل الرجوع على الموكل اشكال ولو قبض وكيل البيع الثمن وتلف في يده فخرج المبيع مستحقا رجع المشتري على الوكيل مع جهله ويستقر الضمان على الموكل والا فعليه (متن)

وتقييد الوكيل والموكل بكونهما جاهلين لتتوجه مطالبتهما غير جيد بل يطالب كل واحد منهما عالما كان أو جاهلا نعم اذا كان الوكيل عالما فلا شيء على الموكل لانه لم يوكله في قبض المغصوب انما وكله في قبض المبيع بحسب الظاهر فليس للمالك أن يقول هذا وكيلك ويده يدك نعم لا بد من القيد المذكور في استقرار الضمان على البائع ﴿ قوله ﴾ ﴿ وهل للوكيل الرجوع على الموكل اشكال ﴾ أى هل للوكيل الرجوع على الموكل لو رجع المالك على الوكيل على تقدير جهلهما واستقرار الضمان على البائع فيه اشكال من أن يده يده وقبضه قبضه لانه انما وقع القبض باذنه وزاد في الايضاح ان الموكل غار والوكيل مغرور والمغرور يرجع على الغار ومن أنه لما ظهر فساد العقد بالاستحقاق صار الوكيل قابضا مال الغير بغير حق وبغير اذن من الموكل لانه انما اذن في قبض المبيع المنتقل الى ملكه دون ما ظهر استحقاقه فبظهور الاستحقاق انكشف أنه غير مأذون في قبضه وقد حصل التلف في يده والموكل غير قابض ولا متلف مباشرة ولا تسبيبا (وفيه) أنه يحتم تكليفه بما في نفس الامر وانما كلفه بقبض المبيع ظاهرا فلا يزول الاذن بزوال الاستحقاق (وقال في جامع المقاصد) توسط شيخنا الشهيد فقوى عدم الرجوع الا مع تعيين السلعة نظراً الى أنه مع تعيينها فقد وكله في قبضها فلا يتقيد ذلك بكون البيع صحيحا بخلاف ما اذا وكله في قبض المبيع (وقال في الايضاح) الاصح أنه يرجع وفي (جامع المقاصد) في الرجوع مطلقا قوة كما اختاره في التذكرة وان قرار الضمان على البائع انتهى ثم قال بعد كلام طويل ما حاصله أنه ان رجع المالك على الوكيل بالقيمة فان الوكيل يتخير بالرجوع فيما زاد من القيمة على الثمن على البائع أو الموكل وقرار ضمانه على البائع وأما مقدار الثمن فانه يرجع به على البائع ان كان قد قبضه ولم يسترجعه الموكل منه وان استرجعه فالرجوع به على الموكل قطعا ولا يجيء فيه اشكال وان كان في يد الوكيل فلا رجوع به على أحد ومن هذا يعلم ان اطلاق عبارة المصنف الاشكال في رجوع الوكيل على الموكل ليس بجيد بل جزمه بتخيير المستحق في الرجوع على من شاء من الثلاثة الذين من جملتهم الوكيل ينافي هذا الاشكال انتهى وهو منه غريب لان الاشكال جاء من أنه لما ظهر المبيع مستحقا ظهر أن الوكيل غير مأذون وقد تلف المال في يده فيكون مضمونا عليه بالثمن وما زاد عنه من القيمة يرجع به على البائع ولا رجوع له على الموكل بشيء منهما لانه لما ظهر أنه غير مأذون كان أجنبيا عن الموكل وما قطع به من رجوعه على الموكل بالثمن ان كان قد استرجعه وأنه لا يجيء فيه اشكال مبني على الوجه الآخر من الاشكال وهو أنه مأذون ومكلف بقبض المبيع ظاهرا فالموضوع فيهما (فيهما ظ) مختلف والا فكيف قال هنا قطعا وقال هناك فيه قوة مؤذنا بالتردد والاستشكال نعم المنافاة بين جزمه بتخيير المالك بالرجوع على من شاء من الثلاثة والاشكال في رجوع الوكيل على الموكل ظاهرة لان الموكل أن يقول له اذا ظهر أنه أجنبي عني وأنه غير مأذون مني وان يده ليست يدي كيف يصح لك الرجوع علي ﴿ قوله ﴾ ﴿ ولو قبض وكيل البيع الثمن وتلف في يده فخرج المبيع مستحقا رجع المشتري على الوكيل مع جهله بالوكالة ويستقر على الموكل والا فعليه ﴾ معناه على ما يفهم منه اقتضاء أو تصريحا ان الوكيل في البيع كان وكيلا في قبض الثمن وان التلف

﴿ المطلب الخامس ﴾ في الفسخ الوكالة عقد جائز من الطرفين لكل منهما فسخها وتبطل بموت كل واحد منهما أو جنونه أو اغمائه (متن)

كان من دون تفريط فاذا باع وقبض الثمن ثم خرج المبيع مستحقا وكان المشتري جاهلا بوكالة الوكيل فانه يرجع عليه لانه اثبت يده على ماله بغير حق ويرجع الوكيل على الموكل ويستقر عليه لمثل ماتقدم آنفا وان كان المشتري عالما بانه وكيل فانه يرجع على الموكل كما هو ظاهر (وقال في جامع المقاصد) ان الوكيل يرجع على الموكل مع جهله بخلاف ما اذا كان عالما اذ لم يقبض بوكالة الموكل حينئذ لانه انما وكله في قبض مايكون ثمنا ولو بحسب الظاهر لافي قبض مال الغير ثم قال ولو أخر قوله مع جهله عن قوله ويستقر على الموكل لكان أولى لان الرجوع على الوكيل مع جهله وعلمه وانما يستقر الضمان على الموكل مع جهله انتهى وهو كما ترى خلاف صريح العبارة لانها أفصحت بجهل المشتري بالوكالة وليس المراد منها جهل الوكيل بكون المبيع مستحقا ثم انه على هذا التقدير لايكاد يحصل منه معنى صحيح للعبارة اذا جرينا على ظاهرها كما قد وجدنا بعض النسخ خالية عن التقييد بالوكالة ﴿ قوله ﴾ ﴿ المطلب الخامس في الفسخ الوكالة عقد جائز من الطرفين لكل منهما فسخها ﴾ كما طفحت به عباراتهم تصريحا في المبسوط والغنية والوسيلة والشرائع والتذكرة والتحرير والارشاد وغيرها واقتضاء أمن كلامهم من العزل والبطلان بالموت والجنون والاغماء وقد يظهر من الغنية الاجماع على ذلك كله (وقال في التذكرة) لانعلم خلافا من احد في أنها عقد جائز من الطرفين وفي (مجمع البرهان) الظاهر انه لاخلاف فيه وقد تجب في عقد لازم وقال كانه لاخلاف في جواز فسخ الوكيل وكالة نفسه بحضور الموكل وغيبته باذنه وعدمه وكانه مجمع عليه وكذا الموكل في الجملة بان يعزل الوكيل بحضوره والظاهر ان العزل باخبار الثقة لايكون فيه خلاف انتهى ولاريب في أن مافي جامع الشرائع من أنها عقد لازم سهو من قلم الناسخ ﴿ قوله ﴾ ﴿ وتبطل بموت كل منهما ﴾ هذا أيضا قد طفحت به عباراتهم من دون خلاف حتى من العامة وفي (المبسوط) أنه لاخلاف فيه وظاهره نفيه بين المسلمين وفي (مجمع البرهان) أنه يفهم من التذكرة الاجماع على ذلك وقال في موضع آخر كانه لاخلاف في ذلك وفي (الغنية) أنها تبطل بموت الموكل بلا خلاف وظاهره نفيه بين المسلمين وما حكاه عنها في الرياض لم يصادف الواقع وقضية ذلك أنه لو تصرف بعد موت الموكل قبل أن يبلغه خبره وقع باطلا موقوفا على اجازة الورثة وفي (مجمع البرهان) كأنه لاخلاف في ذلك (قلت) ويظهر من التذكرة في مسئلة العزل الاجماع على ذلك وفي (المرسل) ان كان أملك بعد ماتوفى فليس لها صداق ولاميراث وبعد ذلك كله تحذلق في المدائن وقال عندي في بطلانها بالموت توقف ولا كذلك الحال في العزل كما يأتي بيان ذلك كله ان شاء الله تعالى ﴿ قوله ﴾ ﴿ أو جنونه أو اغمائه ﴾ كذا أطلق في المبسوط والشرائع والنافع والتحرير وفي (المسالك) ان بطلانها بالجنون والاغماء محل وفاق وفي (الكفاية) نسبته الى الاصحاب وفي (مجمع البرهان) أنه يفهم من التذكرة الاجماع على البطلان بعروضهما وبالحجر ونحوه وفي (المسالك) لافرق عندنا بين طول زمان وقصره ولابين الجنون المطبق والادواري وكذا لافرق بين ان يعلم الموكل عروض المبطل وعدمه انتهى وظاهره الاجماع وبذلك صرح في التذكرة والروضة وكذا التحرير والكتاب في باب الموكل كما تقدم وهو قضية اطلاق الباقين ونص في جامع الشرائع على أنها لاتبطل باغماء ساعة وعلى أنها لاتبطل بالجنون المطبق فهو مخالف

أو الحجر على الموكل لسفه أو فلس فيما يمنع الحجر التوكيل فيه ولا تبطل بفسق الوكيل الا فيما يشترط فيه امانته كولي اليتيم وولي الوقف على المساكين وكذا ينعزل لو فسق موكله (متن)

فيهما و يجيء على جواز تصرف الوكيل مع رده ومع بطلان الوكالة بتعليقها على شرط جواز تصرفه هنا بعد زوال المانع عن الوكيل فالاصل بمعنى الاستصحاب وقد يعارض باستصحاب عدم الجواز فتأمل و بعد زواله عن الموكل من دون حاجة الى تجديد عقد سده وانما يكون باطلا في زمان العذر فقط بمعنى أنه يتم موقوفا على الاجازة اذ الاجماع في غير ذلك غير معلوم والظاهر أن من وكل محلا ثم صار محرما لاحاجة به الى تجديد وكالته وقد قالوا بدخول الصيد النائب في ملك المحرم بعد زواله عنه كما نبه على ذلك كما في مجمع البرهان (وفيه) أيضا انه لاخلاف في وقوعه باطلا اذا تصرف حال الحجر ونحوه (قلت) ويظهر من التذكرة في مسئلة المرتد الاجماع على أنه لو تصرف بعد جنون الموكل ولما يعلمه الخبر وقع باطلا ولا ريب في بطلانها بالردة عن فطرة كما صرح به في جامع الشرائع وقال الشيخ والقاضي لا تبطل بردة الوكيل والموكل وقد صرح في التذكرة والتحرير والكتاب فيما يأتي والمسالك والروضة وجامع المقاصد أنها لا تبطل بالسكر الا أن يشترط في الوكيل العدالة كوكيل ولي اليتيم وولي الوقف كما يأتي وصرح في الستة المذكورة أولا والمبسوط والشرائع واللمعة ومجمع البرهان أنها لا تبطل بالنوم المتطاول وزاد في اللمعة مالم يؤد الى الاغماء وهو خروج عن محل الفرض لأنها تبطل حينئذ من حيث الاغماء لا من حيث النوم وعدم البطلان بالنوم مطلقا ضروري والالم تبق وكالة يوما وليلة فصلا عن الزائد لكنه في المبسوط لم يقيده بالمتطاول بل اطلق ﴿ قوله ﴾ ﴿ والحجر على الموكل لسفه أو فلس ﴾ كما في المبسوط والشرائع والتذكرة والتحرير وغيرها وفي (مجمع البرهان) أنه يفهم من التذكرة الاجماع عليه وفي (المبسوط والتذكرة والتحرير) أنه لو وكل أحدهما فيما له التصرف فيه كالطلاق والخلع واستيفاء القصاص صح واليه أشار في الشرائع بقوله بالحجر على الموكل فيما يمنع الحجر من التصرف فيه ﴿ قوله ﴾ ﴿ ولا تبطل بفسق الوكيل ﴾ قال في التذكرة لو فسق الوكيل لم ينعزل عن الوكالة اجماعا لأنه من أهل التصرف و بالحكم صرح جماعة كما ستسمع ﴿ قوله ﴾ ﴿ الا فيما تشترط فيه أمانته كولي اليتيم وولي الوقف على المساكين ﴾ كما في التذكرة والتحرير وجامع المقاصد والمسالك والروضة لخروجه عن أهلية التصرف وحاصله أن كل موضع يشترط فيه لصحة التوكيل كون الوكيل عدلا فان الوكالة تبطل فيه لو فسق الوكيل بخروجه عن أهلية التصرف وذلك كوكيل ولي اليتيم ففي العبارة حذف مضاف تقديره كوكيل ولي اليتيم كما صرح به في التذكرة والتحرير فانه لا يجوز للولي على الطفل ومن جرى مجراه تفويض التصرف له وعليه الا لمن كان عدلا وكذا وكيل ولي الوقف على المساكين ونحوه من جهات القرب ومثله وكيل قسمة الخمس والزكوات ونحوها وقد يتكلف في تصحيح العبارة بإرادة الوكيل من الولي وهو على بعده محتاج الى حذف مضاف اليه كأن يقال كوكيل ولي اليتيم لانه ليس وكيلا لليتيم و بإرادة التشبيه كأن يقال ينعزل الوكيل بفسقه حيث يعتبر أمانته كما ينعزل ولي اليتيم وولي الوقف على المساكين (وفيه) أنه يشكل اطلاق قوله وكذا ينعزل لو فسق موكله فانه ليس كل موضع يفسق الموكل ينعزل الوكيل التي تشترط امانته وأما اذا حملت على المعنى الاول فان هذا الحكم صحيح لخروج الموكل عن أهلية التوكيل ﴿ قوله ﴾ ﴿ وكذا ينعزل لو فسق موكله ﴾ أي كما ينعزل وكيل ولي اليتيم

أما وكيل الوكيل عن الموكل فانه ينعزل بفسقه لا بفسق موكله ولا تبطل بالنوم وان طال زمانه ولا السكر ولا بالتعدي مثل أن يلبس الثوب أو يركب الدابة وان لزمه الضمان فاذا سلمه الى المشتري برىء من الضمان ولو قبض الثمن لم يكن مضمونا فان رد المبيع عليه بعيب عاد الضمان لانتفاء العقد المزيل له على اشكال وتبطل بعزل الوكيل نفسه في حضرة الموكل وغيبته وبعزل الموكل له سواء اعلمه العزل أولا على رأي (متن)

﴿ قوله ﴾ ﴿ أما وكيل الوكيل عن الموكل فانه ينعزل بفسقه لا بفسق موكله ﴾ لما ذكر أن وكيل ولي اليتيم وما كان مثله في الحكم ينعزل بفسقه وفسق موكله نبه على ان وكيل الوكيل عن الموكل ليس كذلك فانه انما ينعزل بفسقه لا بفسق موكله ولا بفسق الوكيل الاول (اما الاول) فلما تقدم من أنه ليس للوكيل ان يوكل الا أمينا عدلا الا أن يعين الموكل غيره (وأما الثاني) فلانه رب المال ولا يشترط فيه أن يكون عدلا (وأما الثالث) (فلانه ثا) وكيل لرب المال ولا ينافيه الفسق ﴿ قوله ﴾ ﴿ ولا تبطل بالنوم وان طال زمانه ولا بالسكر ﴾ قد تقدم الكلام فيهما قريبا ﴿ قوله ﴾ ﴿ ولا بالتعدي مثل أن يلبس الثوب أو يركب الدابة وان لزمه الضمان فاذا سلمه الى المشتري بريء من الضمان ولو قبض الثمن لم يكن مضمونا فان رد المبيع عليه بعيب عاد الضمان لانتفاء العقد المزيل له على اشكال ﴾ قد اشتمل كلامه على خمس مسائل قد تقدم الكلام فيها كلها في أواخر المطلب الرابع وقد حررناها هناك تحريرا شافيا مبينا ﴿ قوله ﴾ ﴿ وتبطل بعزل الوكيل نفسه في حضرة الموكل وغيبته ﴾ كما صرح به في المبسوط والغنية والشرائع والتذكرة والتحرير في أول الباب وجامع المقاصد والمسالك والكفاية والمفاتيح وكذا الارشاد وغيره (وقال في مجمع البرهان) تارة كأنه لا خلاف فيه وأخرى كأنه مجمع عليه (قلت) كأنه ضروري ثم ان ظاهر الغنية الاجماع عليه واشترط أبو حنيفة حضور الموكل وقال بعض الشافعية ان كانت صيغة الموكل بع واعتق وغيرهما من صيغ الامر لم ينعزل برد الوكالة وعزله نفسه لان ذلك اذن وأباحه فاشبه ذلك ما اذا اباح الطعام لغيره وفي (المبسوط والتحرير) فاذا وجد فسخ الوكيل بطلت وكالته وافتقر تصرفه بعد الفسخ الى تجدد عقد الوكالة (قلت) فعلى هذا فاذا اعتزل نفسه وتصرف كان فضوليا وفي (الكفاية) ان الاشهر أنه يمكنه العمل بمقتضى التوكيل بلا اذن مجدد (وفيه) ان المتعرض لهذا الفرع بخصوصه قليل واحتمل في التذكرة الصحة مع الغنية عملا بالاذن العام التي تضمنته الوكالة وفي (الكفاية) أنه أقرب وكذا مع الحضور وعدم الرضا بعزله وقد تقدم الكلام في ذلك مبينا محررا في أوائل الباب لانها من سنخ ما اذا رد الوكيل الوكالة (الا انه) من سنخ ما اذا فسدت الوكالة لعدم التنجيز كما تقدم و يأتي لانه سيتعرض المصنف أيضا لما اذا رد الوكالة في آخر هذا المطلب ﴿ قوله ﴾ ﴿ و بعزل الموكل له سواء اعلمه العزل أو لا على رأي ﴾ لم يوافقه عليه أحد بل سائر الناس على خلافه ثم قال الفاضل القطيفي أنه مقتضى النظر لكن الفتوى على خلافه وقال هو في المختلف أنه ليس بردي ولعل الوجه في كونه مقتضى النظر ان الاصل جواز الفسخ والا لكان لازما وانه يشترط في صحة فعل الوكيل رضا الموكل وان التجارة لا بد أن تكون

عن تراض ومن المعلوم عدم الرضا بعد الفسخ والعزل وان العزل رفع عقد لا يفتقر الى رضا صاحبه فلا يفتقر الى علمه كالطلاق والعتق وأنه قد يلزم الحرج والضيق فانه قد تعرض له المصلحة ولا يتمكن من الاعلام والاشهاد والرجعة في الطلاق فلا بد وأن يكون له سبيل الى ذلك وأنه لو اعتق العبد الذي وكله على بيعه أو عتقه لانعزل وكذا لو باعه واذا لم يعتبر العلم في العزل الضمني ففي صريح العزل أولى والرواية التي أرسلها الشيخ في الخلاف والمبسوط من أن الوكالة تنفسخ في الحال ولا يقف الفسخ على علم الوكيل وقد أهمل ذكرها في الوسائل أولعل هذا القول يرجع الى أحد شقي القول الثاني لانه لا بد لقائله من أن يقول بانه يجب على الموكل الاشهاد لان قوله بعد تصرف الوكيل قد عزلته غير مقبول (وليعلم) ان قول الصادق عليه السلام يعزلون بني العامة يعني الوكيل عن الوكالة ولا تعلمه بالعزل يؤذن ببطلان هذا القول وذهب الشيخ في النهاية وأبو الصلاح في الكافي وأبو جعفر بن حمزة في الوسيلة وأبو المكارم في الغنية والمقداد في التنقيح الى أنه لا ينعزل الا بالاعلام أو الاشهاد اذا لم يتمكن من الاعلام وقد نفى عنه البأس في المختلف وحكي عن القاضي والقطب الكيدري وحكاه جماعة كثيرون عن ابن ادريس ولم أجده في السرائر في الباب ولعل الاصل في ذلك في المختلف وتبعه الجماعة وستسمع ما في كشف الرموز عن ابن ادريس وظاهر الغنية الاجماع عليه ولا دليل عليه من الاخبار بل هي دالة على عدم اعتبار الاشهاد كخبري هشام والعلا بن سيابة وكان دليله الجمع بين الادلة والاقوال في الجملة بحمل الاخبار على تمكنه من الاعلام ولم يعلمه والاعتبار بالشاهدين في نظر الشارع ومضافا الى أنه لا بد من الاشهاد كما تقدم بيانه ورفع الحرج في الجملة مضافا الى ما تقدم آنفا واجماع الغنية دليل معتد به يشهد له التتبع اذ لا خلاف ممن تقدمه الا من الخلاف ولكن يوهنه عدم التفات المتأخرين اليه كما ستسمع (وقال في كشف الرموز) ان بما ذكره في النهاية رواية أعرضنا عنها لمخالفتها الدلائل وهي لا تصلح معارضة انتهى لكنا لم نجدها وقد حكي عن هؤلاء في الايضاح أنه ينعزل بالاعلام والاشهاد من دون تقييد بما اذا لم يتمكن من الاعلام وقد عول عليه مسترجحا اليه المحقق الثاني وأبو العباس في كتابيه لان نظره دائما اليه والشهيد الثاني في كتابيه والفاضل القطيفي والفاضل المقداد الخراساني وشيخنا صاحب الرياض وكلهم قد اخطئوا ولم يرجعوا الى كتب القوم بل لم يلحظوا المختلف في ذلك وفي (الغنية وكشف الرموز) ان الموكل اذا تمكن من الاعلام ولم يعلم لم ينعزل اجماعا وبه صرح في التحرير والمشهور بين الاصحاب خصوصا المتأخرين كما في المسالك والكفاية أنه لا ينعزل ما لم يعلم بالعزل وان اشهد وفي (مجمع البرهان والمفاتيح) أنه المشهور وكأنه لم يصادف محله كما عرفت فيما تقدم ممن تقدم وهذا القول هو المحكي عن ابي علي وحكاه في جامع المقاصد عن المبسوط وما زاد فيه على أن قال فيه وجهان (أحدهما) ان الوكالة تنفسخ في الحال فلا يقف الفسخ على علم الوكيل (الثاني) ان الوكالة لا تنفسخ حتى يعلم الوكيل ذلك وكلا الوجهين قد رواه أصحابنا انتهى فهو متوقف كما حكي عنه ذلك أيضا وحكاه في كشف الرموز عن ابن ادريس وقد عرفت انا لم نجد له في السرائر ذكرا وقد سمعت ما حكوه عنه وقد حكاه في الخلاف عن كتابيه يعني التهذيبين وليس للوكالة في الاستبصار باب (وكيف كان) فهذا القول خيرة التهذيب والخلاف وفقه الراوندي وجامع الشرائع والشرائع والنافع وكشف الرموز والتحرير والارشاد والايضاح واللمعة والمقتصر وايضاح النافع وجامع المقاصد والمسالك والروضة والكفاية والمفاتيح وكذا المختلف وقد سمعت ما حكيناه عنه فيما سلف وفي (التذكرة) أنه لا بأس به وكأنه مال اليه أو قال به المقدس الاردبيلي بعد

أن قال ان المسئلة من المشكلات وكذا أبو العباس في المهذب وقد يظهر من ايضاح النافع الاجماع عليه حيث قال عليه الفتوى وقد قالوا في باب القصاص أنه لو وكله في استيفاء القصاص فعزله قبله ثم استوفى فان علم بالعزل فعليه القصاص وان لم يعلم فلا قصاص ولا دية وقد جزم به كل من تعرض له وقد حكينا هناك عن عدة كتب ولم تنقل فيه خلافاً ولا تردداً من أحد وقد قال الشارحون أنه مبني على عدم الانعزال بالعزل ما لم يعلم وقالوا فيما اذا عفى ولم يخبره فاقتص أنه لا قصاص وعليه الدية لأنه باشر قتل من ظنه مباح الدم ولم يكن ويرجع بها على الموكل لانه غره ولا يخفى ما في قولهم ظنه فتأمل والغرض أنهم لم يلتفتوا في باب القصاص الى القولين الآخرين أصلا نعم الشيخ في المبسوط في الباب أعني في باب الوكالة قال من قال ان الوكالة تنفسخ وان لم يعلم الوكيل قال هذه جناية خطأ ومن قال العلم شرط قال وقع الاستيفاء موقعه و بالاخير صرح جماعة في الباب منهم ابنا سعيد والاصل فيه مارواه الصدوق والشيخ عن هشام بن سالم عن أبي عبد الله عليه السلام عن رجل وكل آخر على وكالة في امضاء أمر من الامور واشهد له بذلك عدلين فقام الوكيل فخرج لامضاء الامر فقال اشهدوا أني قد عزلت فلانا عن الوكالة فقال ان كان الوكيل قد أمضى الامر الذي وكل فيه قبل أن يعزل الوكالة فان الامر واقع ماض على ما أمضاه الوكيل كره الموكل أم رضي (قلت) فان الوكيل أمضى الامر قبل أن يعلم بالعزل أو يبلغه أنه قد عزل عن الوكالة فالامر ماض على امضائه قال نعم قلت له فان بلغه العزل قبل أن يمضي الامر ثم ذهب حتى أمضاه لم يكن ذلك بشيء قال نعم ان الوكيل اذا وكل ثم قام عن المجلس فامره ماض أبداً والوكالة ثابتة حتى يبلغه العزل عن الوكالة بثقة يبلغه أو يشافهه بالعزل عن الوكالة وهي صحيحة في الفقيه لأنه رواها عن محمد بن أبي عمير وعن هشام بن سالم وطريقه الى أبي عمير صحيح وكذا في التهذيب على الصحيح في العبيدي وأما طريقه الى محمد بن علي بن محبوب فلا شبهة في صحته عندنا وان قيل فيه ما قيل (وقال في المختلف) أنها أصح ما بلغه وقد وسمت بالصحة في التذكرة وجامع المقاصد والمسالك والروضة ومجمع البرهان والكفاية ولم توسم بها في كشف الرموز والايضاح والمهذب البارع والتنقيح وايضاح النافع والمفاتيح (وكيف كان) فلا تأمل لنا في سندها ولكن في متنها بعض الشيء وهو ان الحصر المستفاد منها اضافي لانه يشمل البيع والعتق وفعل الموكل بنفسه ذلك مع ان ذلك عزل للوكيل بلا خلاف أو مقيد ببقاء الوكالة على حالها من دون أن يتغير بها شيء من ذلك أيضا لا يضر(١) وما رواه الفقيه في الصحيح حيث قال روى جابر بن يزيد ومعوية بن وهب عن أبي عبد الله عليه السلام أنه قال من وكل رجلا على امضاء أمر من الامور فالوكالة ثابتة أبدا حتى يعلمه بالخروج منها كما اعلمه بالدخول فيها فان طريق الفقيه الى معوية بن وهب صحيح وان كان فيه محمد بن علي ماجيلوية لكن قد استدل بها في جامع المقاصد في أوائل الباب على ان الوكيل اذا رد الوكالة انفسخت واحتاج في التصرف الى تجديد الايجاب مع علم الموكل وقال أنها نص في الباب فيكون الضمير في يعلمه راجعا الى الوكيل لا الى الموكل وما رواه علاء بن سيابة وهي طويلة جدا مشتملة على قضاء أمير المؤمنين عليه السلام والصادق عليه السلام بزوجية الامرأة لمن عقد له عليها اخوها مع أنه أشهدت شاهدين على عزل أخيها الذي وكلته في تزويجها من فلان قبل ايقاع النكاح الا أنهما ما شهدا على حضور الوكيل واعلامه به قال أمير المؤمنين عليه السلام للشهود كيف

(١) كذا في النسخة ولعل صحيح العبارة هكذا من دون أن يتغير منها شيء وذلك أيضا لا يضر فليراجع (مصححه)

تشهدون قالوا نشهد أنها قالت أشهدوا أني قد عزلت أخي فلانا عن الوكالة بتزويجي فلانا الى أن قال عليه السلام أشهدتكم على ذلك بعلم منه ومحضر قالوا لا قال فتشهدون أنها اعلمته العزل كما أعلمته الوكالة قالوا لا قال أرى الوكالة ثابتة والنكاح واقع أين الزوج فجاء فقال خذ بيدها بارك الله لك فيها فقالت يا أمير المؤمنين أحلفه أني لم أعلمه العزل وأنه لم يعلم بعزلي اياه قبل النكاح فقال وتحلف قال نعم يا أمير المؤمنين فحلف وأثبت وكالته وأجاز النكاح وهي نصه صريحه في الباب منجبرة بالشهرة معتضدة بالاخبار الاخر وبما يظهر من ايضاح النافع من دعوى الاجماع بل هي صحيحة في الفقيه الفقيه على الظاهر لأنه قال فيه روى عن علاء بن سيابة وطريقه اليه صحيح نعم في بعض النسخ كما حكاه المولى الاردبيلي عن بن سيابة (ومارواه) في الفقيه عن عبد الله بن مسكان عن أبي هلال الرازي قال قلت لابي عبد الله عليه السلام رجل وكل رجلا بطلاق امرأته اذا حاضت وطهرت وخرج الرجل فبدا له فاشهد أنه قد أبطل ما كان أمره به وأنه قد بدا له ذلك قال عليه السلام فليعلم أهله وليعلم الوكيل وكان اعلام أهله لادخال السرور عليها ولئلا ترغب الى تزوج آخر غيره ولا ينهض ماتقدم في حجج القولين الاولين على معارضة هذه الادلة اذ رواية الخلاف والمبسوط مرسلة وروايه كشف الرموز لم نجدها على أنها مرسلة أيضا وقولهم ان الوكالة من العقود الجائزة فللموكل الفسخ وان لم يعلم الوكيل والا كانت حينئذ لازمة فيه ان لزومها في هذه الصورة لا ينافي جوازها من أصلها فجوازها مشروط بالاعلام وكم من عقد جائز يعرض له اللزوم فان الجعالة تلزم الجاعل مع شروع العامل الامم بذل مقابلة ماعمل على أنه لا يلتفت اليه في مقابلة النص وأما قاعدة اعتبار الرضا فيخرج عنها بالاخبار (وأما القياس) على الطلاق والعتق فهو مع الفارق اذ العتق والطلاق فك ملك أو زوجيه ولا تعلق لذلك بغير العاقد ولا كذلك العزل في الوكالة لتعلقه بثالث وهو الذي عقد معه الوكيل فتأمل (وأما الخروج) فمعارض بمثله فانه قد يفعل أمورا كثيرة ولم يعلم فيتعسر أو يتعذر رد الحقوق الى أهلها لكن هذا يمكن دفعه بأخذه قصاصا مع أنه أدخله على نفسه بعلمه بجواز العقد وذلك لا يمكن دفعه اذ قد لا يتمكن من الاعلام ولا سيما في الطلاق الذي يكرهه الله تعالى ولا يتمكن من الرجعة ولم يدخله على نفسه اذ لا يعلم ان الله يحدث له الرغبة فتأمل فلا بد أن يكون له سبيل (وأما الاستدلال) بعدم اعتبار العلم بالعزل الضمني ففي صريحه أولى ففيه انا نفرق بعدم وجود القائل في الضمني فلا محل الوكالة (وأما الاستدلال) بالحرج لهذا القول فمعارض بذلك ومنقوض بالموت على أنه يمكن دفعه كما عرفت (وأما الاستدلال) له بان الجاهل معذور وغير مكلف فغايته هنا رفع الأثم والمؤاخذة لا لاثبات الصحة فى معاملة لم تصادف اذن المالك وان هو الا كالمعاملة على مال الغير بظن انه ماله فهو أيضا يعذر اذا كان جاهلا صرفا في غير ما أمر به أعني العبادات وفيها اذا كان الفرع نادر الوقوع وذلك في غير ما كان من قبيل الاسباب ثم ان العلم بكونها عقدا جائزا وبامكان تغير المصالح يمنع ذلك ويأتي الكلام في وطء المالك وغيره مما لا يجوز لغيره مثل اللمس وغيره وانه هل ينعزل الوكيل بفعل الموكل ذلك كالبيع والعتق أم لا عند تعرض المصنف له (بقي شيء) وهو ان مقتضى صحيحة معوية بن وهب وخبري العلا بن سيابة وأبي هلال حيث قيد فيها الانعزال بعلمه عدم انعزاله بالظن وان كان من عدل أو عدلين وهو قضية كلام النهاية والخلاف والمبسوط وفقه الراوندي والغنية وجامع الشرائع والشرائع والنافع وكشف الرموز والتحرير والارشاد والكتاب والايضاح والمعة والمهذب والمقتصر والتنقيح وغيرها حيث قيد الانعزال فيها بعلمه كالاخبار وظاهر الغنية وغيرها

الاجماع عليه (وفي التذكرة) في عدة مواضع والتحرير والكتاب فيما يأتي في مواضع وجامع المقاصد التصريح بأنه لايثبت العزل بخبر الواحد بل في صريح جامع المقاصد وظاهرالتذكرةاوصريحها الاجماع عليه (وقال في جامع المقاصد) هناك قد سبق أنه اذابلغه العزل بخبر الواحدانعزل وهذاينافيه (وأجاب) بان انعزاله بخبر الواحد مشروط بثبوت العزل بعد ذلك قال ففائدةالإخبارحينئذ كون العزل الواقعي غير نافذ لولاه أي الاخبار لجهل الوكيل بهلاثبوت العزل في الواقع به انتهى (وحاصله) انه اذا أخبره الثقة بالعزل فله أن يتصرف فان ثبت بعد ذلك انه عزله كان تصرفه باطلا موقوفا على الاجازة وان لم يثبت لموت ونحوه كان نافذا فاذا عزله وأشهد شاهدين على عزله ولم يخبره لم ينعزل واقعا ولا ظاهرا وان اخبره الثقة انعزل واقعا لاظاهرا وهو كما ترى لايكاد يفهم من الاخبار ولا كلام الاصحاب مع مخالفته للقواعد نعم اكتفى في التذكرة في موضع منها في ظاهر كلامه وجامع المقاصد والمسالك والروضة والكفاية والرياض بانعزاله بخبر الثقة كما افصح به صحيحة هشام (قال في المسالك) لاينعزل على مقتضى ظاهر كلامهم الا بمشافهته به أو بلوغه الخبر بمن يفيد قوله التواتر والظاهر انهم لايريدون هذا المعنى قطعا لما قد علم مستند الحكم خصوصا أخبار الشاهدين فانه حجة شرعية فيما هو أقوى من ذلك انتهى ويرفع قطعه ماسمعته من الفتاوى والاجماعات وكأن قوله الظاهر مع قوله قطعا غير ملتئم لانه يرجع الى أنه ظن القطع على تقدير تحصيل هذا القطع الجاري مجرى الاجماع فهو مطالب بمأخذه اذ المصرح به قبله اثنان واخبار الشاهدين علم شرعي وليس مستند الحكم منحصرا في خبر هشام على أنه معارض بالاخبار الثلاثة التي قيد الانعزال فيها بالعلم فلا بد من الترجيح أو الجمع ان أمكن والترجيح للاخبار الثلاثة لتعاضدها في نفسها واعتضادها بالاجماعين الصريحين واجماع الغنية وعمل الاصحاب في ظاهرهم بها عدا أربعة منهم على ان بعضهم كالمصنف قد وافق الاصحاب فيما عدا التذكرة وفيها في مواضع أخر فيحمل صحيح هشام على ما اذا أفاد خبرالثقة العلم جمعا وهو غير منكور في بعض الثقاة الا ان فيه حملا للمطلق على الفرد النادر ونظر خفي خصوص ذلك لاعراض الاصحاب عنه ويمكن الجمع بحمل العلم على مايعم الظن (قال في الروضة) المراد بالعلم هنا بلوغه الخبر بقول من يقبل خبره وان كان عدلا (قلت) لعله هو الذي اعتمد عليه الجماعة لكنهم يخصصون الظن بالظن المستفاد من أخبار الثقة فهو مجاز أي تخصيص في المجاز اوتقييد العلم وتخصيصه بما اذا لم يخبر بالعزل الثقة لمكان صحيحة هشام وهذا جمع لاغبار عليه لولا ماسمعت من الاجماعات والفتاوى الصريحات والطباق المعظم ظاهرا على خلافه وما وقع لهؤلاء الجماعة فهو من ضعف التتبع ﴿ قوله ﴾ ﴿ ويتلف متعلق الوكالة كموت العبد الموكل في بيعه ﴾ أي تبطل الوكالة بتلف متعلقها والمراد بمتعلقها مادل عليه لفظها مطابقة كالعبد الموكل في بيعه أو تضمنا كالدينار فيما اذا وكله في الشراء بدينار لان متعلق الوكالة الشراء وكونه بالدينار و بطلانها بتلف متعلقها المطابقي كموت العبد مما لاشبهة فيه ولذلك لم يتعرض له في جامع المقاصد وبه صرح في الشرائع والتذكرة والتحرير والارشاد والمسالك ومجمع البرهان وظاهر الاخير أنه قطعي وستسمع الاجماعات في الملحق بالتلف فنيه أولى ﴿ قوله ﴾ ﴿ وكذا لو وكله في الشراء بدينار دفعه اليه فضاع أو اقرضه الوكيل وتصرف فيه سواء وكله في الشراء بعينه أو مطلقا ﴾

ثلث أوضاع أو اقترضه الوكيل وتصرف فيه سواء وكله في الشراء بعينه أو مطلقا لانه وكله في الشراء به ومعناه ان ينقده ثمنا قبل الشراء أو بعده ولو عزل الوكيل عوضه دينارا واشترى به وقف على الاجازة فان اجازه والا وقع عن الوكيل ولو وكله في نقل زوجته او بيع عبده أو قبض داره من فلان فثبت بالبينة طلاق الزوجة وعتق العبد وبيع الدار بطلت الوكالة

أي تبطل الوكالة كما في التذكرة والتحرير وجامع المقاصد والمسالك لفوات متعلق الوكالة الضمني غير ان في التذكرة والتحرير استقرضه وهو بمعنى قوله هنا اقترضه الوكيل أي اقرض الموكل الوكيل ولعل تقييده في الكتب الثلاثة بالتصرف به له ان يرده بعينه فتبقى الوكالة كذا قيل وفيه نظر ظاهر فالظاهر انه أراد التفصي من خلاف من قال انه لا يملك الا بالعقد والقبض والتصرف أو التفصي من وقوعه معاطاة فانه لا يملك حينئذ الا بالتصرف فيه لا نسلم انه لم يتصرف به قطعا وقد وجدنا فيما عندنا من نسخ التذكرة أو تصرف فيه وحينئذ لا اشكال فيه وقد فهم في جامع المقاصد من العبارة ما هو خلاف المراد قال الظاهر ان التقييد بتصرفه فيه انما يحتاج اليه اذا كان الاقراض بدون اذن الموكل اما باذنه فانه يخرج عن ملكه بالاقراض فيفوت متعلق الوكالة فقد فهم ان المقرض هو الوكيل (وكيف كان) لا فرق في ذلك بين ان يكون قد وكله في الشراء بعينه أو مطلقا لانه وكله بان ينقده ثمنا في الجملة اما حين الشراء أو بعده فاذا ذهب أو خرج عن ملك الموكل فقد تعذر الشراء به فيتعذر فعل متعلق الوكالة ولانه لوصح الشراء حينئذ لزم الموكل ثمن لم يلزمه ولا رضي بلزومه كما ذكر ذلك في التذكرة وجامع المقاصد ﴿ قوله ﴾ ﴿ لانه وكله في الشراء به ومعناه أن ينقده ثمنا قبل الشراء أو بعده ﴾ كما صرح بذلك كله في التذكرة وفي (جامع المقاصد) ان على ظاهره مؤاخذة لانه ليس معنى التوكيل في ذلك ان ينقده قبل الشراء ثمنا وهو ظاهر وكأنه اراد بما قبل الشراء حين ايقاع العقد ولا يضر وجوب تأخير التسليم عن قبض المبيع لانه ربما كان مقبوضا أو اذن الموكل أو يقال هذا معناه اللغوي وان دل العرف ورعاية الاحتياط على خلافه ﴿ قوله ﴾ ﴿ ولو عزل الوكيل عوضه دينارا واشترى به وقف على الاجازة فان اجازه والا وقع عن الوكيل ﴾ قال في التذكرة أنه اذا استقرضه الوكيل ثم عزل دينارا عوضه واشترى به فهو كالشراء له من غير اذن لان الوكالة بطلت والدينار الذي عزله عوضا لم يصر للموكل حتى يقبضه فان اشترى به للموكل وقف على اجازته فان اجازلزمه الثمن والالزم الوكيل الا أن يسميه في العقد اي فيبطل اذا صدقه البائع أو قامت له البينة على ذلك والا وقع للوكيل ظاهرا وعلى ذلك ينزل اطلاق الكتاب (وقال في التحرير) أنه لو اشترى الوكيل بعين ماله لغيره شيئا فالوجه الوقوف على الاجازة لا وقوع الشراء للوكيل وقضية كلامه في الكتب الثلاثة ان البيع يقع للموكل مع الاجازة وان كان الشراء بعين الدينار الذي هو باق على ملك الوكيل وهو مناف لما تقدم له في الكتاب والتذكرة في متعلقات الوكالة من قوله لو قال اشتر لي من مالك كر طعام لم يصح لانه لا يجوز أن يشتري الانسان بماله ما يملكه غيره لكنا هناك رجحنا الصحة وقلنا أنه من معاطاة القرض لمكان القرائن (وقال في جامع المقاصد) لو وكله في عزل الدينار وقبضه له لم يكن الشراء به بالوكالة لفوات متعلقها وهذا مال غيره انتهى فتأمل في قوله هذا مال غيره ان قرىء بالاضافة لا بالتوصيف ﴿ قوله ﴾ ﴿ ولو وكله في نقل زوجته أو بيع عبده أو قبض داره من فلان فثبت بالبينة طلاق الزوجة وعتق العبد و بيع الدار بطلت الوكالة ﴾ كما صرح بذلك كله في التذكرة والتحرير

وتبطل الوكالة بفعل الموكل متعلق الوكالة وما ينافيها مثل ان يوكله في طلاق زوجته ثم يطأوها فانه يدل عرفا على الرغبة واختيار الامساك (متن)

وكذا جامع المقاصد لزوال تصرف الموكل الذي هو المدار في صحة الوكالة وفي (المبسوط والتنية) أنه اذا أعتق العبد الموكل في بيعه أو باعه الموكل قبل بيع الوكيل فان الوكالة تفسخ بلا خلاف ونص في التذكرة على بطلانها بعتق الموكل في بيعه وقد يظهر منها أنه لا خلاف فيه ﴿ قوله ﴾ ﴿ وتبطل الوكالة بفعل الموكل متعلق الوكالة ﴾ كما في الشرائع والتذكرة والارشاد وجامع المقاصد والمسالك ومجمع البرهان وقد سمعت ما في المبسوط والتنية من دعوى الاجماع آنفا كما سمعت مايظهر من التذكرة فتأمل وفي (المسالك) أنه ظاهر لامتناع تحصيل الحاصل وفي (مجمع البرهان) تارة الظاهر أنه لا خلاف في ذلك وأخرى أنه ظاهر اذ لا شك في ثبوت ذلك له قبل الوكالة ومعلوم عدم اقتضاء الوكالة عدمه له اذ لا منافاة بين التوكيل وجواز فعله لنفسه غاية ذلك أن يكون ذلك فسخا ومن المعلوم أنه لم يبق ماوكل فيه فهو بمنزلة تلف ما وكل فيه والظاهر أن مرادهم بفعله متعلق الوكالة انما هو الفعل الصحيح وبه صرح في التحرير وفي (التذكرة) أنه لو باعه بيعا فاسداً احتمل البطلان (قلت) ان علم بالفساد لاتبطل لعدم حصول مايقتضي العزل لان فاسد العقد لايقتضي الخروج عن الملك فلا يدل على العزل بوجه وأما جهله بالفساد فقد استشكل فيه المصنف فيما يأتي قريبا وقال (في مجمع البرهان) ماحاصله ان قلنا ان عزمه على البيع مثلا مع قصد العزل عزل أو هو معه مع الفعل عزل وان لم يكن الفعل صحيحا وفي المحل جاء البطلان والا فلا فتأمل جيداً والظاهر البطلان ويأتي تمام الكلام وقد أفصحت الاخبار ببقاء الوكالة حتى يبلغه العزل وقد تخص الاخبار بالقول لانه ينعزل بفعل الموكل ذلك بنفسه اذا كان صحيحا قطعا ولا فرق في ذلك بين علم الوكيل وعدمه قبل فعله ماوكل فيه ولا فرق في البيع الصحيح بين كونه بخيار لهما أو لاحدهما كما هو مقتضى اطلاقهم ومثل بيع العبد الموكل في بيعه اجارته لأنها ان منعت من البيع نافته ودخلت في العنوان والا فهي علامة الندم فتأمل ومثله تزويج جاريته ويأتي الكلام في تدبير العبد وكتابته ﴿ قوله ﴾ ﴿ وماينافيها مثل أن يوكله في طلاق زوجته ثم يطأها فانه يدل عرفا على الرغبة واختيار الامساك ﴾ كلامه هذا يحتمل أن يكون مبنيا على حصول العزل بمجرد العزل لانه ذكره بعد فتواه بذلك لكن خرطه في سلك تلف ماوكل فيه وما فعله بنفسه كموت العبد وبيعه وعتقه يدل على أنه ليس مبنيا على ذلك وان مراده أن العزل يحصل بالوطىء مثل حصوله بالتلف وفعل ماوكله فيه وهو صريح التحرير وظاهر التذكرة قطعا وان نسب اليها في المسالك التوقف قال وتوقف في التذكرة في حكم الوطىء والمقدمات مما يعني مقدمات الوطىء التي تحرم على غير الزوج وان قال في جامع المقاصد انه في التذكرة احتمل البطلان واستشكل في المحرمات يعني مقدمات الوطىء لانه عد في التذكرة عبارات الفسخ وهي فسخت الوكالة أو ابطلتها الى أن يعزل الوكيل نفسه أو يوجد من أحدهما مايقتضي فسخ الوكالة فاذا وكله في طلاق زوجته ثم وطأها احتمل بطلان الوكالة لدلالة وطئه لها على رغبة فيها واختياره امساكها وكذا لو وطأها بعد طلاقها رجعيا كان ذلك ارتجاعا لها فاذا اقتضى الوطىء رجعتها بعد طلاقها فلان يقتضي استبقاءها على زوجيتها ومنع طلاقها أولى وان باشرها دون الفرج أو قبلها أو فعل مايحرم على غير الزوج فهل تنفسخ الوكالة في الطلاق اشكال ينشأ من حصول الرجعة به وعدمه انتهى فقد عده من أقسام العزل ولم يذكر فيه احتمالا

وكذا لو فعل ما يحرم على غير الزوج (متن)

آخر وذكر دليله وما تعقبه بشيء وقد جعله أولى من الرجعة وفرق بينه و بين المقدمات وجعل الاشكال في المقدمات مبنيا على الاشكال في الرجعة فهذه وجوه مبسوطة تقضي بما استظهرناه منها وهو الذي استظهره المولى الاردبيلي وقد فصل في المسئلة تفصيلا طويلا لا تساعده القواعد ولا الاعتبار فقال ان كان الوطء والفعل المحرم دالا على الرغبة مقرونا بالندامة على الطلاق والتوكيل فهو مثل العزل وان كان مقرونا بعدمهما فيمكن أن لا ينعزل وان اشتبه الامر استفصل منه ويقبل قوله في ذلك على الظاهر ومع عدم الامكان فلا يبعد بقاء الوكالة لان هذا الفعل لا يدل على العزل ولا على عدمه ولا على الرغبة وعدمها اذ يجوز ان يقول اني أطلقها واعمل الآن ما أريد من الملاذ والحظ وقال ان الرواية دلت على بقائها حتى يعلم العزل والظاهر عدم العلم وقد عرفت الحال في الرواية بالنسبة الى الفعل غير مرة وقال ان حصل الظن القوي من اقتضاء العرف بذلك فلا يبعد العزل ثم أمر بالتأمل ثم استظهر أنه فعل الموكل ذلك قاصدا العزل كان ذلك عزلا قال و يدل على ذلك اعتراض المحقق الثاني والشهيد الثاني على دليل التذكرة وقد اسمعناكه عند نقل كلامهما بان الوكالة قد ثبتت ومنافاتها الوطء غير معلوم ودعوى الاولوية ممنوعة والفرق قائم فان الطلاق سبب قطع علاقة النكاح فينافيه الوطء الذي هو من توابعه بخلاف الوكالة وأبعد منه فعل المحرم على غير الزوج قال فان هذا الاعتراض صريح في أنه لو كان منافيا لكان عزلا فاذا كان مقرونا بالمنافي وهو قصد الامساك فلا شك في كونه عزلا عندهما لكن فيه أنهما اذا منعا من العزل بصريح العزل فكيف يقولان هنا بذلك انتهى ما أردنا نقله من كلامه وقد قال في جامع المقاصد التوقف بحال ونحوه ما في الكفاية من عدم الترجيح وقوى في المسالك عدم البطلان وكلاهما في غير محله لانا نقول ان وطأه بمنزلة عتق الموكل العبد وبيعه بل بمنزلة تلفه لانه قد صير المحل غير قابل للطلاق ولا صالح للوكالة فيه لانه لا يصح في طهر المواقعة ولا الحيض وقد كان معتقد الوكالة ومقتضاها أنه يطلقها قبل المواقعة وقد تبين وطئه عدم بقاء الوكالة بعده لمكان وجود المانع من فعل الموكل فيه وهذا هو الذي دعاه في التذكرة الى الفرق بين الوطء ومقدماته وادعاء الاولوية واحتمال أنه اراد أن يفعل الآن ما يحصل له به اللذة وقضاء الشهوة وان الطلاق يكون بعد الطهر والحيض أو بعد تبين الحمل بمضي ثلاثة اشهر وان ذلك المقصود بالبحث فبعيد جداً و يأتي مثله فيما اذا باع بيعا صحيحا وجعل له الخيار سنة ليقضي هذا المشتري وطره من المبيع ثم فسخ لتبقى وكالة الوكيل وبيعه بعد ذلك لمن شاء وهو خلاف ظاهر اطلاقاتهم كما عرفت آنفا فالظاهر أن الوطأ المذكور كالبيع والعتق كما هو صريح التحرير وظاهر التذكرة والكتاب ومجمع البرهان ﴿قوله﴾ ﴿وكذا لو فعل ما يحرم على غير الزوج﴾ كما هو خيرة التحرير قد عرفت أنه استشكل فيه في التذكرة من حصول الرجعة به وعدمه (وفيه) ان الاجماع محكي في الخلاف والغنية وغيرهما على ان الرجعة تكون بالفعل كالوطء والتقبيل واللمس اذا صدر ذلك من غير النائم والساهي وقد عرفت ان في جامع المقاصد والمسالك أنه ابعد في احتمال البطلان من الوطء (وقال في مجمع البرهان) أنه ان علم معه الرغبة والامساك يكون مثل العزل بالقول والا فلا يكون عزلا ثم احتمل كونه عزلا مطلقا لانه ينبغي أن يكون للموكل طريق الى العزل ولان الشرع رغبة وحضا على بقاء النكاح وقد يقال أنه لا دلالة له على العزل بحال لانه ما عدل عن الوطء

بخلاف التوكيل في بيع سريته ولو وكله في بيع عبده ثم اعتقه عتقا صحيحا أو باعه كذلك بطلت الوكالة ولا تبطل مع فساد بيعه وعتقه مع علمه ومع جهله اشكال والاقرب في التدبير الابطال ولو بلغ الوكيل الوكالة فردها بطلت وافتقر فيها الى تجديد عقد وله أن يتصرف بالاذن مع جهل الموكل (متن)

الى التخفيف والمباشرة فيما دون الفرج الا سرحا على بقاء الوكالة فليتأمل ولانها لم تصيره (تصر «ظ») بذلك بمنزلة التالفة اقصاه ان ذلك صار بمنزلة القول والتصريح بالعزل وقد تقدم بيان حاله ﴿ قوله ﴾ ﴿ بخلاف التوكيل في بيع سريته ﴾ قال في جامع المقاصد ان الفرق غير ظاهر لان الوطأ ان نافى الوكالة في الطلاق من حيث الدلالة على الرغبة نافى الوكالة في البيع وفي (المسالك) ان الفرق ضعيف قلت قد تقدم في باب بيع الحيوان ان وطأ الامة لا يمنع من صحة بيعها فلو باعها من غير استبراء أثم وصح وقد أجمع المسلمون قاطبة من علماء وأعوام ان وطأ الحرة يمنع من صحة طلاقها في ذلك الطهر والحيض الذي بعده فكان وطؤها علامة على الرغبة فيها منافيا الوكالة عرفا وشرعا ولا كذلك وطؤ الامة الموكل في بيعها فانه أمر لا دلالة فيه شرعا ولا عرفا المتشرعة بعد معرفة الشرع بل ولا العوام لان منهم من يقول أراد أن يقضي لذته ويبيعها ولا يرد مثله في طلاق الحرة لتطابق العرفين لاشتهار الحكم فيها فليتأمل ﴿ قوله ﴾ ﴿ ولو وكله في بيع عبده ثم أعتقه عتقا صحيحا أو باعه كذلك بطلت الوكالة ولا تبطل مع فساد بيعه وعتقه مع علمه ومع جهله اشكال ﴾ قد تقدم الكلام في المسئلتين الاولين وقد جعل منشأ الاشكال مع الجهل في الايضاح من انتفاء السبب ومن القصد الى سبب العزل وايجاد ما يظنه سببا وذلك كاف (ثم قال) والتحقيق أن قصد السبب هل يستلزم قصد المسبب الحق ذلك مع العلم بالسببية فجهله ان كان بالفساد مع علمه بسببية الصحيح للعزل انعزل وان كان بالسببية لم ينعزل لانه لم يقصد بذلك العزل ولا اوجد بسببه يعني العزل (ثم قال) هكذا قال المصنف ونعم ما قال انتهى ولا أراه من التحقيق في شيء كقوله في جامع المقاصد أنه ينشأ من بقاء الملك وسلطنة التصرف والشك في سبب العزل ومن أن العقد الصحيح سبب في العزل وقد قصده وحاول ايجاده ثم قال فيه نظر لان العقد الصحيح سبب في العزل من حيث ترتب الخروج عن الملك عليه وذلك مفقود مع ظهور فساده نعم ان قصد به العزل فليس ببعيد الانعزال به والا فلا انتهى (وقال في التحرير) لو باعه بيعا فاسدا لم يبطل واطلاقه يتناول صورة الجهل والعلم والتحقيق ان عزمه على البيع صحيحا كان أو فاسدا وايقاعه له بمنزلة عزله بالقول فكان كأنه قال عزلت فلانا فيجيء فيه حال العزل بالقول في أنه هل ينعزل بمجرده وان لم يبلغه الخبر أم لا فان كان البيع صحيحا كان بمنزلة تلف الموكل فيه وان كان فاسدا لم يزد عن العزل بالقول ﴿ قوله ﴾ ﴿ والاقرب في التدبير الابطال ﴾ كما في جامع المقاصد وفي (الايضاح) أصح وبه وبالكتاب جزم في التذكرة والتحرير لان التدبير يقتضي بقاء الملك الى حين الوفاة ثم زواله بالعتق وهو مناف للوكالة في بيعه أو عتقه قبلها وقد تقدم أن فعل ما ينافيها موجب للعزل ووجه غير الاقرب ان الملك باق دائم والتدبير غير لازم وفي (جامع المقاصد) أنه ليس بشيء والوجه في الكتابة ظاهر لانها ترفع تصرف المولى فيه فلم هناك محل للبيع ﴿ قوله ﴾ ﴿ ولو بلغ الوكيل الوكالة فردها بطلت وافتقر الى تجديد عقد وله أن يتصرف بالاذن مع جهل الموكل ﴾ قد تقدم

يرتفع ﴿ومع علمه اشكال وبجحد الوكيل الوكالة مع العلم بها رد لها على اشكال لا مع الجهل أو غرض الاخفاء وصورة العزل ان يقول فسخت الوكالة أو نقضتها او أبطلتها أو عزلتك او صرفتك عنها أو أزلتك عنها او ينهيه عن فعل ما امره به (ما وكل فيه ظ ل) (متن)

الكلام في ذلك كله في أول الباب عند قوله ثم يشترط عدم الرد فلو رد انفسخ العقد و يفتقر في التصرف الى تجديد الايجاب مع علم الموكل وأسبغنا الكلام فيه ﴿ قوله ﴾ (ومع علمه اشكال) هذا أيضا قد تقدم الكلام فيه وقد حكينا هناك عن التذكرة وجامع المقاصد والمسالك الجزم بالاحتياج الى تجديد الاذن مع علم الموكل بالرد وقلنا أنه قد نبه عليه في المبسوط وحكينا هناك عن الايضاح عدم الترجيح هنا وعن (جامع المقاصد) أنه قال ان وجدت قرينة تدل على الرضا وعدمه عول عليها والا فالاحوط عدم التصرف ومن العجب أنه قد استدل على مختاره هناك بصحيح معوية بن وهب في الفقيه وقد استدل به المعظم على ان الوكيل لا ينعزل الا مع العلم بالعزل وحكينا عن المصنف أنه استشكل للاصل والشك في بقاء الاذن وللاصل بمعنى الاستصحاب اذ لم يوجد ما يرفع الاذن والاصل بقاء ما كان على ما كان ورجحنا هناك بقاء الاذن وان بطلت الوكالة وقلنا ان الفائدة تظهر في سقوط الجعل وفي النذر وفي جعلها شرطا في عقد لازم فلا بد من مراجعة ذلك وقد احتمل في جامع المقاصد ظهور الفائدة في سقوط الجعل مقتصرا عليه غير جازم به ولا مستظهراً له وهو في غير محله كما بيناه في محله في أوائل الكتاب وقد قلنا هناك ان هذه المسئلة وعزل الموكل نفسه وفساد الوكالة لعدم التنجيز ونحوه من واد واحد ﴿ قوله ﴾ (وبجحد الوكيل الوكالة مع العلم رد لها على اشكال لا مع الجهل أو غرض الاخفاء) قد قرب في التذكرة ان الانكار ان كان لنسيان أو غرض في الاخفاء لم يكن رد وان تعمد ولا غرض له في الاخفاء كان رداً وفي (الايضاح وجامع المقاصد) ان الاصح أنه ليس برد وهو الموافق للضوابط لان سبب التوكيل وهو العقد قد تحقق لانه المفروض فيستصحب وسبب العزل غير متحقق اذ لا تصريح بالعزل والجحود بنفسه لا يكون عزلا مستلزما له (أما الاول) فلان العزل انشاء وهذا أخبار (وأما الثاني) فلان جحوده لا يتوقف على الرد لاحتمال ارادة معنى آخر ومجرد تطرق الاحتمال مع الشك في حصول سبب العزل كاف في التمسك بعدمه على أن كونه صدقا غير مقطوع به (قولك) الاصل في جحود المسلم الصدق وهو يستدعي حصول الرد (فيه) أنه انما يحمل على الصدق اذا لم يدل الدليل على كذبه للعلم بعدم مطابقته الواقع ولا يجب علينا أن نحكم بوجود سبب آخر شرعي لم يدل دليل على وجوده ليكون مخرجا عن الكذب على أنه قد يكون الجاحد غير مسلم ثم ان الجحود والرد متنافيان لان الرد يستدعي الاعتراف بصدور الوكالة والجحود انكار لها من أصلها وأحد المتنافيين لا يستلزم الآخر وليس للوجه الآخر الا ان الاصل في جحود المسلم الصدق وأن الجحود حكم بعدمها دائما وهو أبلغ من الرد وأنه قد نفاها مطلقا اعني في كل الاحوال فيقتضي الحكم بنفيها في المستقبل وهذا معنى الفسخ وان بقاءها فرع وجودها ورفع الاصل يستلزم رفع الفرع (و يدفع ظ) ذلك كله ان الجحود قد يكون لامر آخر غير الرد مع العلم ببطلان كلامه وان العزل انشاء وهذه أخبارات فليلحظ ذلك وليتأمل فيه ﴿ قوله ﴾ (وصورة العزل أن يقول الموكل فسخت الوكالة أو نقضتها أو أبطلتها أو عزلتك أو صرفتك عنها أو أزلتك عنها أو ينهاه عن فعل ما أمره به) مثله ما في التذكرة والتحرير وغير أنه في

وفي كون انكار الموكل الوكالة فسخا نظر «الفصل الثالث» في النزاع وفيه بحثان (الاول) فيما يثبت به الوكالة وهو شيئان تصديق الموكل وشهادة عدلين ذكرين (متن)

الاخير عبر عن الاخير بقوله لا تتصرف وامتنع من التصرف فاكتفى بالمثال عن العنوان وقد ذكر في المبسوط الفسخ والنقض والعزل ثم قال فيه كما قال في التذكرة وما اشبه ذلك من الفاظ العزل أو المؤدية معناه ولم يذكر في الشرائع صرفتك وأزلتك ولا نهيه عن فعل ما أمره به لكن ذلك كله داخل تحت قوله وما جرى مجراه وهذه صورة العزل بالقول وأما العزل الفعلي فقد تقدم ما يدل عليه ﴿قوله﴾ (وفي كون انكار الموكل الوكالة فسخا نظر) قد استشكل أيضا في التحرير ولا ترجيح في التذكرة وفي (الايضاح وجامع المقاصد) ان الاصح أنه ليس فسخا (وقال في الاخير) ان منشأ النظر هنا يظهر مما مر في جحود الوكيل وفي عبارة الايضاح سهو من قلم الناسخ فلا تنقل عنه وبه تشهد النسخ المتعددة ﴿قوله﴾ (الفصل الثالث في النزاع وفيه بحثان الاول فيما تثبت به وهو شيئان تصديق الموكل وشهادة عدلين ذكرين) أما الاول فلا ريب فيه ولا خلاف ولذلك تركه الاكثر وظاهر التذكرة بل صريحها وصريح مجمع البرهان الاجماع عليه وبه صرح في الوسيلة وبعض ما تأخر وربما عبروا عنه باقرار الموكل واعترافه وأما الثاني فكذلك وظاهر التذكرة أو صريحها وصريح مجمع البرهان الاجماع عليه وفي (المفاتيح) نفي الخلاف فيه بل هو ضروري قد أرسى الشارع قواعد شرعه عليه تعبدا محضا ولهذا قيل انهما من قبيل الاسباب الموجبة لحكم على الحاكم لا من حيث افادة الظن وظاهر كلامهم كما في مجمع البرهان أنه لا بد في الاثبات بالشاهدين من ضم حكم الحاكم الا ما اشتتى كالهلال ودليله غير واضح وكذا الحكم والمستثنى فانه غير مضبوط كما اعترف به في المسالك (قلت) قد بينا في باب القضاء وضوح الدليل واتضاح السبيل وما استظهره من كلامهم من أنه لا بد من حكم الحاكم فقد صرح به في التذكرة أيضا بل قد يلوح منها حيث لم ينقل فيه خلافا عن أحد من العامة أنه لا خلاف فيه كما هو كذلك ولا ريب في أنه مخصوص بما اذا كان هناك منازع كان ينكرها الموكل والا فلو ادعاها من دون منازع فلا حاجة الى حكم الحاكم كما هو قضية القاعدة الكلية من أن من ادعى ولا منازع له فانه يسمع قوله لان كان الاصل في فعل المسلم وقوله الصحة ولذلك قبلوا قول المرأة في الخروج من العدة مالم يعلم كذبها وموت الزوج وانها حلت نفسها بتزويج محلل وطلاقه لها وقول آخذ الكيس القائل أنه لي بل دعوى الفقير الفقر بل اطبق الناس على ارسال الوكلاء بالاموال الى البلدان البعيدة التي يتعذر فيها اقامة البينة على الوكالة بل قال هو أنه لم ينقل عن أحد من آل الله سبحانه وتعالى ولا عن العلماء التوقف في ذلك وكانوا يشترون من الوكلاء و يقبضون الهدايا منهم وأن كل أحد يعلم ان الغنم مثلا ليست ملكا للقصاب وكذا سائر متعة البزاز وفواكه البقال بل قالوا يجوز الاخذ من الصبي والعبد الى أن قال الظاهر انه لا كلام فيه وقال ان الظاهر من كلامهم عدم ثبوتها بالاستفاضة (قلت) هذا الظهور من كلامهم في غاية الظهور اذ في بعض العبارت كقوله في الارشاد ولا تثبت الا بعدلين اتفاقا وكقوله في التحرير وانما تثبت الى آخره وكقوله في الكتاب وهو شيئان لان مفهوم اللقب في عباراتهم حجة وبه يثبت الوفاق والخلاف وكقوله في الوسيلة انما تثبت بالبينة واعتراف الموكل وكقوله في السرائر لا تسمع الا ان يقيم بينة شاهدين عدلين وعبارة التذكرة تشعر بذلك لانه قال تثبت الوكالة باقرار الموكل وشهادة العدلين ولا تثبت بشهادة رجل

ولا تثبت بتصديق الغريم ولا بشهادة النساء ولا بشاهد وامرأتين ولا بشاهد ويمين (متن)

وامرأتين الى آخره ونحوه عبارة الجامع نعم ليس في عبارة المبسوط ظهور ولا اشعار (وقال في مجمع البرهان) قد يكون الحصر اضافيا بالنسبة الى رجل وامرأتين ورجل ويمين ولهذا قالوا هذا الكلام فيما صرحوا بثبوته بالاستفاضة مثل رؤية الهلال ولا يجد العقل فرقا بين هذه الامور بحيث يثبت بها بعض دون آخر فينبغي ان يجري في الكل كما يفهم من المسالك لكن في كون ذلك دليلا تأملا ثم الظاهر أنه لا يعمل بها في الحد والرجم والقتل فان الجرأة على ذلك من غير نص واجماع مشكل فكيف مع ظهور المنع من الاكثر بحيث كاد يكون اجماعا فالتعميم مشكل وكذا التخصيص بالبعض دون البعض الا ان يكون بدليل خاص نعم يمكن ذلك في مثل الوكالة بقرائن بحيث يعلم أو يقرب من العلم بحيث ما يبقى الا الاحتمال الذي يأتي في العلوم العادية وفي (الكفاية) أنه يظهر من كلامهم أنها لا تثبت بالاستفاضة والامر كذلك ان لم نعتبر في الاستفاضة العلم والا ففيه اشكال مع رجحان القول بالثبوت قلت بل يتعين حينئذ القول بالثبوت اذ ما بعد العلم من اشكال ﴿ قوله ﴾ (ولا يثبت بتصديق الغريم) اجماعا كما في ظاهر التذكرة أو صريحها ومعناه ان الوكالة لا تثبت بتصديقه من ادعى عليه أنه عنده مال لزيد مثلا وانه وكله في قبضه منه بمعنى أنه لا تترتب عليه جميع أحكام الوكالة لانه تصديق في حق غيره اذا كان الحق الذي يدعي الوكالة فيه عينا فلو كان دينا ففي وجوب دفعه اليه قولان كما يأتي ان شاء الله تعالى ﴿ قوله ﴾ (ولا بشهادة النساء ولا بشاهد وامرأتين ولا بشاهد ويمين) اجماعا في الثلاثة كما في التذكرة وبلا خلاف كما في المفاتيح ولا نعلم فيه مخالفا كما في المسالك ولا خلاف عندنا في عدم ثبوت الوكالة بما يثبت به المال كما في جامع المقاصد وفي (مجمع البرهان) ان الدليل على عدم ثبوتها بالشاهد والامرأتين والشاهد واليمين الاجماع والاصل مع عدم الدليل اذ الدليل على الثبوت بهما انما هو في المال والوكالة ولاية وان كانت مشتملة على المال أيضا اذ ليس هو المقصود الاصلي بخلاف الوصية بالمال (وفيه) ان الدليل موجود وهو صحيح محمد بن مسلم كما ستسمعه (وقد نقل) تضمن قبول الشاهد واليمين في حقوق الناس والوكالة حق ونفي الخلاف في الكتب الثلاثة انهم لم يظفروا بقول الشيخ في المبسوط في باب الشهادات فانه قد حكى عنه كاشف اللثام أنه قوى قبول شاهد وامرأتين في الطلاق والخلع والوكالة والوصية والنسب ورؤية الاهلة وحكى عن الصدوق والمفيد والشيخ في النهاية وسلار وابن زهرة وابن حمزة ما هو ظاهر في قبول شهادات النساء في الوكالة وقد لحظت بعض ذلك في باب الشهادات فوجدته كذلك وقد سمعت أنه قال في الوسيلة في الباب انما تثبت بالبينة وهي تشمل الشاهد الواحد والامرأتين ولعلهم يستندون في الوكالة ونحوها الى صحيح محمد بن مسلم كما يأتي والغرض بيان ان الخلاف موجود كما نبه عليه بقوله في الشرائع ولا بشاهد وامرأتين ولا بشاهد ويمين على قول مشهور فانه أشار الى خلاف هؤلاء لا ما احتمله في المسالك من انه متوقف في عموم الحكم بحيث يشمل ما اذا ادعى على رجل وكالة بجعل لاني أصله مع انه توجيه فاسد من وجوه (منها) ندرة الفرض فكيف ينزل عليه هذا الاطلاق وعدم القائل به كما قضى به تتبع المحقق الثاني وتتبعنا كما ستسمع (والثالث) أنه اذا كان جازما بعدم ثبوتها بالشاهد واليمين والشاهد والامرأتين فكيف يتوقف في عمومه وكيف يحسن فرضه واستفادته من هذه العبارة

ولا بد من اتفاقهما فلو شهد احدهما انه وكله يوم الجمعة أو انه وكله بلفظ عربي والآخر يوم السبت أو بالعجمية لم تثبت ما لم ينضم الى شهادة احدهما ثالث (متن)

هذا وقد قال في جامع المقاصد فان قلت اذا ادعى شخص على آخر جعل وكالة يثبت بشاهد ويمين قلت لا يحضرني الآن به تصريح ووجه الثبوت ظاهر اذ لا غرض له في الولاية حينئذ ولو كان قبل العمل فظاهر اطلاقهم عدم الثبوت انتهى وقد وافقه على الامرين اعني ثبوت المال في الاول أي بعد العمل وعدمه في الثاني أي قبله في المسالك والروضة ومثل الاول بما اذا أقام ذلك بالسرقة فانه يثبت المال لا القطع لكنه عبر في الكتابين عن ذلك بما اذا ادعى وكالة بجعل وكان الاولى ان يقول جعل وكالة كما في جامع المقاصد وقد تأمل في مجمع البرهان في الاصل والنظير وقال ان المال ما يثبت الا ثبوت السرقة فكيف لا يلزم القطع وقال وكذا الكلام هنا وقد نبه على ذلك صاحب الحدائق مدعيا أنه من مستخرجاته متحذلقا به قائلا ان ثبوت الجعل والمال دون الوكالة والسرقة لا ينطبق على القواعد والاصول بل هو مما تنكره بديهة العقول وأنت تعلم أنه طعن في علماء آل محمد صلى الله عليه وآله قاطبة اذ الكل مطبقون على ذلك مع أنه موافق للاصل ولا ينكره الاضعفاء العقول اذ فيه جمع بين صحيح محمد بن مسلم لو كان الامر الينا لاجزنا شهادة الرجل اذا علم منه خير مع يمين الخصم في حقوق الناس والحقوق جمع معرف مضاف الى جمع معرف فيفيد العموم والوكالة حق والمال المدعى حق وبين خبر جميل لم يقطع اذا لم يكن شهود وقولهم عليهم السلام لا يمين في حد فعمل بخبر محمد بالنسبة الى المال و بالخبرين بالنسبة الى الحد فاوجبوا ثبوت المال من دون قطع مضافا الى اجماع الاصحاب على ذلك في باب الحدود والقضاء والشهادات وكم من حكم تبعض كما اذا ادعى زوجية امرأة وانكرته وبالعكس الى غير ذلك ﴿ قوله ﴾ ﴿ ولا بد من اتفاقهما فلو شهد احدهما أنه وكله يوم الجمعة أو انه وكله بلفظ عربي والآخر يوم السبت أو بالعجمية لم تثبت ما لم يضم الى شهادة احدهما ثالث ﴾ يريد انهما لو اختلفا في تاريخ الايقاع أو في اللغة لم تثبت الوكالة كما هو خيرة المبسوط وجامع الشرائع والتذكرة والتحرير والارشاد وشرحه لولده وجامع المقاصد وفي (المسالك والكفاية) ان المشهور في عبارات الاصحاب ان الشاهدين بالوكالة اذا اختلف تاريخ ما شهدا به لم تثبت الوكالة بذلك لان كل صيغة واقعة في وقت منهما لم يقم بها شاهدان ولحديهما غير الاخرى ونسبة الشهرة الى العبارات في محلها لان المصرح بذلك خمسة والمخالف المحقق في الشرائع ومولانا المقدس الاردبيلي وصاحب المفاتيح واستشكل في الكفاية (قال في الشرائع) لو شهد احدهما بالوكالة في تاريخ والآخر في تاريخ آخر قبلت شهادتهما نظرا الى العادة في الاشهاد اذ جمع الشهود لذلك في الموضع الواحد قد يعسر انتهى وفتواه تعطي ان شهادتهما على نفس الوكالة في تاريخين ودليله يقضي ان شهادة الثاني وقعت على الاقرار كما ذكره في المبسوط والتذكرة مستدلين به على جواز الاختلاف في التاريخ في الاقرارين لان الصيغة اذا وقعت مرة كان ما بعدها اقرارا ومثل ذلك في اختلاف فتواه ودليله قوله وكذا لو شهد احدهما أنه وكله بالعجمية والآخر بالعربية لان ذلك يكون اشارة الى المعنى الواحد اذ هذا التعليل يقضي بان شهادة الثاني وقعت على الاقرار بالتوكيل كما عرفت وعلى هذا فيكفي عنده شهادة احدهما بالانشاء والآخر بالاقرار في وقتين كما تقبل عند المعظم لو شهدا بالاقرار معا في وقتين الا ان يكون أراد أنه كرد

الانشاء لشبهة وقعت في الاول وربما قيل بأنه قد يكون تكرير الانشاء لغرض آخر من الاغراض منها الاشهاد أو لكون أحد الشاهدين عربيا فقال لزيد بحضوره وكلتك ولم يكن معه غيره ثم لما أراد ان يشهد معه شاهدا آخر في وقت آخر لم يجد الا فارسيا فقال لزيد بحضوره وكيل « كردم شمارا » والقائل بذلك مولانا المقدس الاردبيلي قال ماحاصله مع بيان فيه بعبارات واضحة حاصل دليلهم على اشتراط الاتفاق في التاريخ واللغة والعبارة اذا كانت انشاء أو اقرارا انه لا يحقق ثبوت العقد من النصاب الشرعي ولم يحصل مع الاختلاف فيها اذا كان المشهود به انشاء واما اذا كان المشهود به اقرارا فان النصاب يحصل مع الاختلاف فيها أي الثلاثة المذكورة وذلك لان الوكالة انشاء لاخارج له تقصد مطابقته والاقرار له خارج في نفس الامر تقصد الاخبار مطابقته ومن المعلوم أنه لايلزم من تعدد الخبر تعدد الخارج فان الانسان قد يفعل فعلا واحدا ويخبر عنه مرارا متعددة في أوقات متعددة بالفاظ مختلفة ومتحدة ولا يتعلق بذلك الفعل تعدد ولا اختلاف بتعدد الاخبار واختلافه بخلاف الوكالة التي هي انشاء فان تعدد زمانها ومكانها واختلاف صيغها يوجب اختلافها والحال انه لم يشهد شاهدان على فرد من هذه الافراد المختلفة بل انما قام لها شاهد واحد كما هو المفروض قال وهذا الفرق مبني على انه أوقع عقدا واحدا واقر عنه مرارا متعددة ومن المحتمل ان يكون أوقع عقودا متعددة وقد أقربها وليس لكم الا ان احتمال الاتحاد كان في قبول الاقرار والاصل عدم التعدد والذي هو المانع من قبول الاقرار فتحقق الاتحاد ليس شرطا بل احتماله كاف والاحتمال الآخر ينفى بالاصل (وفيه) ان الظاهر من كلامهم ان الاتحاد والاتفاق شرط سلمنا لكن اذا كان التعدد والاختلاف مانعا ينبغي العلم بزواله ومجرد ان الاصل عدمه مع صدور الاقرار مختلفا يشكل اعتباره في الشهادة (قلت) هذا تعريض بصاحب المسالك وما كنا نؤثر وقوع ذلك منهما (١) لانه مبني على احتمال فاسد لاينبغي لمحصل ان يلتفت اليه وهو أنه أوقع عقودا كثيرة واقربها ومن المعلوم ان العقد بعد العقد لغو عند العلماء والاعوام نعم قد يقع ذلك نادرا بشبهة وقعت في الاول كما عرفت آنفا وقوله أي المولى الاردبيلي ان الظاهر أن الاتفاق والاتحاد شرط فيه ان ذلك صريح التذكرة والتحرير فكأنه لم يلحظهما وقال المقدس الاردبيلي في الرد على المشهور في العبارات وأيضا اذا كان الاختلاف مانعا فليس للشاهد اذا سمع التوكيل أن يقول وكله أو هو وكيل بل يجب عليه التفصيل لاحتمال أن يوجد الخلاف مع شاهد آخر خصوصاً اذا لم يكن وقت السماع معه احد مع أنهم ماشرطوا في شاهد الوكالة ولا في الحكم الاستفسار والتفصيل بل يحكمون بمجرد قوله انه وكيل (قلت) لعل هذا الكلام خال عن التحصيل لان الكلام انما هو حيث يختلفان والمدار على فهم الشاهد الاقرار أو الانشاء ثم قال ولانجد دليلا على عدم اعتبار

---

(١) فانه قال فان قيل ان تعدد الخبر كما لا يستلزم تعدد المخبر عنه كذلك لايستلزم اتحاده بل هو اعم منهما فلا يدل على احدهما واجاب عنه بان الاقرارين مستلزمان لحصول التوكيل في الجملة فقد حصل المقتضي للثبوت ويبقى احتمال التعدد في المخبر عنه واتحاده وذلك غير قادح لان المانع انما هو التعدد وهو غير معلوم فيجب التمسك بالمقتضي الى ان يثبت خلافه مع اعتضاده باصالة عدم التعدد هذا كلامه في المسالك وهو كما ترى مما لاينبغي ذكره ولذلك اعترضه مولانا الاردبيلي بما سمعت وما كنا نؤثر وقوع ذلك منهما (منه قدس سره)

[illegible] ينبغي أن يشهد على [illegible]

[illegible] شاهد واحد [illegible] أنه لا يدخل كل [illegible]

[illegible] شاهدين [illegible] لا يكفي [illegible]

[illegible] ولا [illegible] أن يقول [illegible]

[illegible] عقد آخر [illegible] من الاغراض [illegible]

[illegible] هذا [illegible] الطلاق [illegible] الظاهر من [illegible]

القبول مع الاختلاف بأنه لا اجماع وان كان المصنف وغيره على القسم الثاني حاصل كلامه (ويقيم

ان الشاهدين اذا اختلفا في ايقاع التاريخ او اللغة كان [illegible] الا اذا شهد أحدهما بالوكالة

في أول شهر رمضان والآخر في آخره فشهادة الثاني تقتضي بأن زيدا الذي هو وكيل من أول شهر

رمضان الى ان صدرت الوكالة في آخره فهو مكذب للاول والاول يقول ان الثاني كاذب في شهادته

أو هي شهادة على امر لا انها [illegible] وتوكيل الموكل [illegible] البيع وقبل القبول فيكون [illegible]

[illegible] والعقل يمنع أن تكون شهادة هذين المتكاذبين مما ترتب عليها قواعد الشريعة ولهذا أجمع العلماء

في باب الشهادات على أنه يشترط في الحكم بالشهادة اتفاق الشاهدين على المعنى الواحد وهو دليل

تلي فان لم يجمعوا في المقام فقد أجمعوا في غيره بقول مطلق على أن المتعرض لهذا الفرع قليل كما عرفت

ولعل الباقين احالوه على ماهو المعروف في باب الشهادات والمخالف هنا مضطرب الكلمة كما عرفت

وستعرف أيضا على أنه يمكن حمل الوكالة في كلامه في المقامين على الاقرار وأنه حمل قريب جداً لان

قوله وكلت فلانا صالح للاقرار والانكار ويشهد له الدليل وقوله بعد ذلك ولو اختلفا في لفظ العقد بل

هذا دليل على ارادة ذلك فتلتئم الكلمة ويرتفع الخلاف في المسئلة والاضطراب في العبارة وفي

جملة من قضايا امير المؤمنين عليه السلام رد شهادة الشاهدين حيث يختلفان بالمشخصات الزمانية

والمكانية ونحوها ونقل مثله عن داود ودانيال عليهما السلام وهو (وهي ظ) ادلة نقلية ولانعرف ان

عقدا من العقود يقبل التعدد ولاأن أحداً قال به ولانعرف وجها لقبول عقد الوكالة التعدد دون غيره

من العقود وهذا كله مالم يضم الى أحدهما ثالث فاذا ضم اليه ثبتت الوكالة لأنه قدتم النصاب كما أطبقوا

على مثل ذلك في باب الشهادات ومثله ضم اليمين الى أحدهما في غير الوكالة مما يثبت بالشاهد واليمين

﴿ قوله ﴾ (ولو شهد أحدهما أنه أقر بالوكالة يوم الجمعة أو بالعربية والآخر يوم السبت أو

بالعجمية ثبتت) كما صرح به في المبسوط والكتب الستة المذكورة بعده آنفا وهوالمشهور في العبارات

كما في ظاهر المسالك في موضع منه وكذا الكفاية وفي موضع آخر منه قال الظاهر عدم الخلاف فيه

عندنا وعند معظم العامة ومع ذلك قال في موضع منه فيه نظر وحكى في موضع آخر عن المصنف في

التذكرة أنه حكى عن بعض العامة عدم الثبوت بذلك مطلقا وقال أنه لايخلو عن وجه وفي موضع آخر

قال أنه موضع شك وفي (الكفاية) ان الثبوت لايخلو من قرب وأنت قدعرفت الحال ومن لحظ باب

الشهادات عرف ان الثبوت ليس موضع شك ولا اشكال والمولى الاردبيلي ينبغي ان لايرتاب في

الثبوت هنا ثم ان ظاهر فخر الاسلام ان الفرق بين الاختلاف في الاقرار والاختلاف في انشاء الوكالة

وكذا لو شهد أحدهما بلفظ وكلتك والآخر استنبتك أو جعلتك وكيلاً أو جرياً فان كانت الشهادة على العقد لم تثبت وان كانت على الاقرار تثبت ولو قال أحدهما أشهد أنه وكله وقال الآخر أشهد أنه اذن له في التصرف ثبتت لانهما لم يحكيا لفظ الموكل ولو شهد أحدهما أنه وكله في البيع والآخر انه وكله وزيداً او انه لا يبيعه حتى يستأمر زيداً لم تتم الشهادة (متن)

من الواضحات لان الاول اختلاف في الاخبار عن السبب فلا يضره اختلاف تواريخه ولغاته والثاني اختلاف في السبب فلا بد من الاتفاق فيهما ﴿ قوله ﴾ (وكذا لو شهد أحدهما بلفظ وكلتك والآخر استنبتك أو جعلتك وكيلا أو جريا فان كانت الشهادة على العقد لم تثبت وان كان على الاقرار تثبت) كما في المبسوط في الباب وباب الاقرار وبه يحصل الجمع بين كلمات المبسوط في البابين وعليه نبه في التذكرة والتحرير وجامع المقاصد فعلى هذا لا نحكم بالثبوت وعدمه الا بعد الاستفصال لان اللفظ محتمل لان يكون انشاء أو اخبارا وعن أبي علي ان الوكالة تثبت بذلك وفي (المختلف) ان التحقيق أنهما ان شهدا بالانشاء فالحق ما قاله الشيخ وان شهدا بالاقرار فالحق ما قاله ابن الجنيد (وقال في الشرائع) ولو اختلفا في لفظ العقد بان يشهد أحدهما ان الموكل قال وكلتك ويشهد الآخر أنه قال استنبتك لم تقبل لانها شهادة على عقدين اذ صيغة كل منهما مخالفة للاخرى وفيه تردد اذ مرجعه الى أنهما شهدا في وقتين أما لو عدلا عن حكاية لفظ الموكل واقتصرا على ايراد المعنى جاز وان اختلفت عبارتهما انتهى فكلامه هذا نص صريح في أنهما اختلفا في انشاء لفظ العقد وهو يقضي بان كلامه الاول كان في اختلافهما في الاقرار به ومنشأ تردده ان اختلافهما في ذلك هل هو مانع مطلقا سواء اتحد الوقت أو تعدد وانه انما يمنع اذا اتحد الوقت كأن يشهد أحدهما ان العقد الواقع منه في الوقت المعين كان بلفظ وكلتك ويشهد الآخر أنه بعينه كان بلفظ استنبتك فهنا لا تردد في عدم الثبوت وأما اذا تعدد ففيه تردد كما اذا قال أحدهما انه قال وكلتك في وقت وآخر أنه قال استنبتك في آخر ويحتمل أن يكون مراده بالتردد ان هذا الاختلاف يحتمل أن يكون مع اتحاد الوقت فلا تثبت الوكالة فيكونان متكاذبين فتسقط شهادتهما وأن يكون مع تعدده فتثبت ولما كان الاصل في فعل المسلم وقوله ان يحمل على الوجه الصحيح وجب ان يحمل على الثاني اذا لم يمكن التعرف منه وكيف كان فهو اما مخالف أو متردد فليلحظ كلامه وليتأمل فيه والجري بالجيم والراء المهملة كغني الوكيل ﴿ قوله ﴾ (ولو قال أحدهما أشهد انه وكله وقال الآخر اشهد أنه اذن له في التصرف ثبتت لانهما لم يحكيا لفظ الموكل) كما في المبسوط وجامع الشرائع والتذكرة والتحرير وجامع المقاصد وهو معنى آخر كلامه في الشرائع لان المفروض في هذه الصورة في الكتب المذكورة أنهما ما حكيا لفظه وبه فرقوا بينه وبين ما اذا شهد أحدهما أنه قال له وكلتك وقال الآخر أنه قال له اذنت لك في التصرف قالوا فانهما في هذه اختلفا في لفظ العقد لا في أدائه كما نص على ذلك الشيخ في اقرار المبسوط والجماعة في الباب ولعل الفارق أنه لم يأت في الاولى بلفظ قال وأتى بها في الثانية أو علم ذلك من مراده لانه ليس في المثل السابقة لفظ قال مما قالوا انه مراد به لفظ العقد أو محتمل له والامر في ذلك سهل ﴿ قوله ﴾ (ولو شهد أحدهما أنه وكله في بيع عبده والآخر أنه وكله وزيدا أو أنه قال لا تبعه حتى تستأمر زيداً لم تتم الشهادة) كما في التذكرة والتحرير وجامع المقاصد لان مقتضى الشهادة الاولى استقلاله بالبيع والثانية عدمه وانه لا يصح له التصرف وحده وذلك يقضي تعدد العقد

ولو شهد احدهما أنه وكله في بيع عبده والآخر أنه وكله في بيع عبده وجاريته ثبت وكالة العبد فان شهد باتحاد الصفقة فاشكال وكذا لوشهداحدهما أنه وكله في بيعه لزيد والآخر في بيعه لزيد وان شاء لعمرو ولو شهدا بوكالته ثم قال أحدهما قد عزله لم تثبت الوكالة ولو كان الشاهد بالعزل ثالثا تثبت الوكالة دونه وكذا لو شهدا بالوكالة وحكم بها الحاكم ثم شهد أحدهما بالعزل (ثبتت الوكالة دون العزل خل) (متن)

المشهود به ﴿ قوله ﴾ (ولو شهد أحدهما أنه وكله في بيع عبده والآخر في بيع عبده وجاريته ثبتت وكالة العبد) كما في التذكرة والتحرير وجامع المقاصد لاتفاقهما على وكالة العبد وزيادة الثاني لا تقدح لعدم استلزام ذلك تعدد العقد ﴿ قوله ﴾ (فان شهد باتفاق الصفقة فاشكال) أصحه عدم الثبوت كما في الايضاح وهو الاقوى كما في جامع المقاصد لان الوكالة في بيع العبد مطلقا مغايرة للوكالة في بيعه منضما الى الجارية المنص على اتحاد الصفقة في شهادة الثاني فشهادة كل من الشاهدين على توكيل مغاير للآخر فلا يثبت واحد من التوكيل لان أحدهما يشهد ببيع العبد وحده والآخر ينفي بيعه وحده فكان كشهادة شاهد بتوكيله في البيع والآخر بتوكيله وزيد بل الاجماع هنا مستفاد من ظاهر اللفظ وفيما نحن فيه من النص على اتحاد الصفقة والمستفاد من الظاهر غير المستفاد من النص فكان الوجه الثاني ضعيفا اذ ليس هو الا اتفاق الشاهدين على الوكالة في بيع العبد ولا يسمع انفراد أحدهما بالزيادة واتحاد الصفقة زيادة لان ذلك ليس زيادة جاءت بعد تمام التوكيل كالزيادة في المسئلة التي بعد هذه لان الاتحاد هنا جزء فكأنه قال أنه وكله في بيعهما وفي كونه صفقة ولايرضى بغير ذلك فلا يقوم احتمال ان الآخر ترك الجزء الثاني على عمد لأنه لايكون اتماما على وجهها كما قام فيما يأتي فاطلاق التذكرة والتحرير منزل على ما اذا لم يشهد الثاني باتحاد الصفقة ﴿ قوله ﴾ (وكذا لوشهد أحدهما أنه وكله في بيعه لزيد والآخر في بيعه لزيد وان شاء لعمرو) يعني ان الوكالة تثبت بذلك لزيد كما تثبت الوكالة في بيع العبد فيما اذا شهد أحدهما أنه وكله في بيع عبده والآخر أنه وكله في بيع عبده وجاريته من دون تعرض لنصه على اتحاد الصفقة وهو خيرة التحرير لمكان كمال النصاب في الوكالة في البيع لزيد وهذه الزيادة في كلام أحدهما جاءت بعد تمام التوكيل فهي لا تستلزم التعدد وسكوت الآخر عنها اما لعدم سماعه اياها أولعروض نسيان أو لاقتصاره على الشهادة بأحد متعلقي الوكالة باختياره على عمد وبه يفرق بينه وبين ما قبله كما سمعت ولعله لم يفرق بينهما في التذكرة فقال على اشكال ولا وجه له كما في جامع المقاصد ﴿ قوله ﴾ (ولوشهدا بوكالته ثم قال أحدهما عزله لم تثبت الوكالة) كما في المبسوط والتذكرة والتحرير لرجوع أحد الشاهدين عن الشهادة قبل الحكم فلا يجوز الحكم باجماع المسلمين الا من ابي ثور ولعله اليه أشار في المبسوط بقوله لأنه ما أثبت له وكالة ثابتة في الحال ﴿ قوله ﴾ (ولو كان الشاهد بالعزل ثالثا ثبتت الوكالة دونه) كما في التذكرة والتحرير وجامع المقاصد لتمام النصاب بالنسبة الى الوكالة دون العزل فلا يلتفت الى شهادة الثالث سواء كان قبل الحكم أو بعده الا أن يشهد معه آخر ﴿ قوله ﴾ (وكذا لو شهدا بالوكالة وحكم بها الحاكم ثم شهد أحدهما بالعزل) أي تثبت الوكالة دون العزل كما في المبسوط والتذكرة والتحرير وجامع المقاصد لانه ابتداء رجوع بعد حكم الحاكم فلا ينقض باجماع المسلمين وكذا لو رجع

والاقرب الضمان ولو شهدا معا بالعزل ثبت ولا تثبت الوكالة بخبر الواحد ولا العزل ويصح سماع البينة بالوكالة على الغائب وتقبل شهادته على موكله وله فيما لا ولاية له فيه ولو شهد المالكان بان زوج امتهما وكل في طلاقها لم تقبل وكذا لو شهدا بالعزل ويحكم الحاكم بعلمه فيها ﴿ البحث الثاني ﴾ في صورة النزاع وهي ستة مباحث (الاول) لو اختلفا في اصل الوكالة قدم قول المنكر مع يمينه (متن)

الشاهدان كما في الثلاثة الاخيرة للاجماع الذي سمعته وان شهدا بالعزل لا على جهة الرجوع ثبت العزل كما في التذكرة والتحرير ﴿ قوله ﴾ ﴿ والاقرب الضمان ﴾ كما في جامع المقاصد وكذا الايضاح لأنه سلط الغير على التصرف بمال غيره بغير حق بشهادة يعلم بطلانها فكان ضامنا لما يترتب عليها من تلف أو نقصان ووجه غير الاقرب أنه أخبر بالصدق في الوكالة والعزل ولا ضمان على ما أخبر بالصدق ولا يعد ذلك رجوعا (وفيه) ان سكوته عن العزل يقتضي الاسناد في بقاء التوكيل الى زمان الحكم الى شهادته وشهادته بالعزل قبل ذلك يقتضي الرجوع عن تلك الشهادة فيضمن ما يتلف بشهادته وهو النصف ولو رجعا ضمنا ما تلف على السوية ﴿ قوله ﴾ ﴿ ولا تثبت الوكالة بخبر الواحد ولا العزل ﴾ وقد تقدم الكلام في الحكمين الاول في أول هذا الفصل والثاني في أواسط المطلب الخامس مسبغا محررا ﴿ قوله ﴾ ﴿ ويصح سماع البينة بالوكالة على الغائب ﴾ اجماعا كما في التذكرة وجامع المقاصد خلافا لابي حنيفة وقد نص عليه في المبسوط في موضعين وغيره (قال في التذكرة) يصح سماع البينة بالوكالة على أنه يدعي ان فلانا الغائب وكلني في كذا عند علمائنا اجمع ﴿ قوله ﴾ ﴿ وتقبل شهادته على موكله وله فيما لا ولاية له فيه ﴾ قد تقدم الكلام فيه في أواخر المطلب الثاني ﴿ قوله ﴾ ﴿ ولو شهد المالكان بان زوج امتهما وكل في طلاقها لم يقبل وكذا لو شهدا بالعزل ﴾ قد صرح بالحكمين في التذكرة والتحرير وجامع المقاصد لانهما يجران نفعا لانفسهما في الصورتين (أما الاولى) فلاقتضاء الشهادة زوال حق الزوج من البضع الذي هو ملكهما (وأما الثانية) فلاقتضائها ابقاء النفقة على الزوج ﴿ قوله ﴾ ﴿ ويحكم الحاكم بعلمه فيها ﴾ كغيرها من حقوق الله سبحانه وتعالى وحقوق الناس اجماعا كما في الانتصار والخلاف والغنية والسرائر والخالف أبو علي وهو شاذ مخالف لضروري المذهب حيث اطبق الامامية على ملامة في طلبه البينة من سيدة نساء العالمين مع علمه بطهارتها وصدقها الى ما قال في الانتصار ﴿ قوله ﴾ ﴿ البحث الثاني في صورة النزاع وهي ستة مباحث الاول لو اختلفا في أصل الوكالة قدم قول المنكر مع يمينه ﴾ كما في الشرائع والنافع والتحرير والارشاد واللمعة وجامع المقاصد والمسالك والروضة ومجمع البرهان والكفاية وفي (الرياض) أنه لا خلاف فيه وفرضت المسئلة في المبسوط والتذكرة فيما اذا ادعاها الوكيل وقضية كلام غيرهما كما هو صريح الكتاب كما سمعته أنه لا فرق في المنكر بين كونه الوكيل أو الموكل والحجة فيهما الاصل وعموم الخبر البينة على المدعي واليمين على من أنكر ويتصور انكار الوكيل فيما اذا كانت الوكالة مشروطة في عقد لازم لامر لا يتلافى حين النزع كما اذا شرط ايقاعه في وقت معين وقد مضى أو اشترى منه جارية وشرط أن يوكله في بيع عبد ومات العبد فادعى البائع حصول التوكيل المشروط ليستقر العقد وأنكره المشتري ليتزلزل ويتسلط على الفسخ كما هو المشهور وكما ان القول قول الموكل لو

وعدم البينة سواء كان المدعي هو الوكيل أو الموكل فلو ادعى المشتري النيابة وأنكر الموكل قضي على المشتري بالثمن سواء اشترى بعين او في الذمة الا ان يذكر في العقد الابتياع له فيبطل ولو زوجه امرأة فانكر فيها الوكالة ولا بينة فيها حلف المنكر والزم الوكيل المهر وقيل النصف وقيل يبطل العقد ظاهرا أو يجب على الموكل الطلاق او الدخول مع صدق الوكيل نعم لو ضمن الوكيل المهر فالوجه وجوبه اجمع عليه ويحتمل نصفه ثم المرأة ان ادعت صدق الوكيل لم يجز ان تتزوج قبل الطلاق ولا يجبر للموكل على الطلاق فيحتمل تسلط المرأة على الفسخ أو الحاكم على الطلاق ولو زوج الغائب بامرأة لادعائه الوكالة فمات الغائب لم ترثه الا ان يصدقها الورثة او تثبت الوكالة بالبينة ولو ادعى وكالة الغائب في قبض ماله من غريم فانكر الغريم الوكالة فلا يمين عليه (متن)

أنكر أصل الوكالة كذلك القول قوله لو اختلفا في بعض كيفياتها كما يأتي في البحث الثاني لانه يرجع الى الاختلاف في أصل الوكالة كما ستعرف ان شاء الله تعالى ﴿ قوله ﴾ ﴿وعدم البينة﴾ هذا القيد لابد منه وان تركه الجماعة لشدة ظهوره ﴿ قوله ﴾ ﴿سواء كان المدعي الوكيل أو الموكل﴾ كما تقدم بيانه ﴿ قوله ﴾ ﴿فلو ادعى المشتري النيابة وأنكر الموكل قضي على المشتري بالثمن سواء اشترى بعين أو في الذمة الا أن يذكر في العقد الابتياع له فيبطل﴾ كما تقدم مثل ذلك مرارا (وحاصله) أنه اشترى شيئا فادعى أنه نائب عن زيد مثلا في شرائه وأنكر زيد فانه يحلف ويقضى على المشتري بالثمن فى ظاهر الشرع سواء اشترى بعين نقدا كانت العين أو غيره أو في الذمة الا أن يكون قد ذكر في متن العقد أنه قبل لزيد واشترى له فانه لا يقضى عليه بالثمن بل يقع باطلا لان زيدا قد نفى التوكيل بيمينه ومثله ما اذا صدقه البائع أو قامت البينة على ان العين التي وقع الشراء بها ملك لزيد كما مر ويأتي مثل ذلك في البحث الثاني فى شراء الجارية ﴿ قوله ﴾ ﴿ولو زوجه امرأة فانكر الوكالة ولا بينة حلف المنكر والزم الوكيل المهر وقيل النصف وقيل يبطل العقد ظاهرا ويجب على الموكل الطلاق أو الدخول مع صدق الوكيل نعم لو ضمن الوكيل المهر فالوجه وجوبه عليه اجمع ويحتمل نصفه ثم المرأة ان ادعت صدق الوكيل لم يجز أن تتزوج قبل الطلاق ولا يجبر الموكل على الطلاق ويحتمل تسلط المرأة على الفسخ أو الحاكم على الطلاق﴾ هذا قد تقدم الكلام فيه مسبنا محررا في المطلب الثالث في حكم المخالفة ﴿ قوله ﴾ ﴿ولو زوج النائب بامرأة لادعائه الوكالة فمات النائب لم ترثه الا أن يصدقه الورثة أو تثبت الوكالة بالبينة﴾ كما فى التذكرة والتحرير وجامع المقاصد ولها احلاف الوارث ان ادعت علمه بالتوكيل فان حلف فلا ميراث والا حلفت اذا علمت وأخذت كما نص عليه في جامع المقاصد وهو اما مبني على أنه اذا ادعى عليه شيئا فقال لا أدري حلف المدعي ويثبت الحق أو على ان النكاح يثبت بشاهد ويمين اذا ادعته الزوجة دون الزوج ﴿ قوله ﴾ ﴿ولو ادعى وكالة النائب في قبض ماله من غريم فانكر الغريم الوكالة فلا يمين عليه﴾ عينا كان المال أو دينا كما في المبسوط والتحرير والارشاد والايضاح وشرح الارشاد لولده والمفاتيح وكذا الشرائع على تردد له في الدين كالكتاب وان كان اطلاقهما يشمل الدين من دون اشكال وكما في التذكرة وجامع المقاصد

ولو صدقه وكانت عينا لم يؤمر بالتسليم ولو دفع اليه كان للمالك مطالبة من شاء باعادتها فان تلفت الزم من شاء مع انكار الوكالة ولا يرجع احدهما على الآخر وكذا لو كان الحق دينا على اشكال (متن)

والمسالك والكفاية ان كان المال عينا وأما ان كان دينا فينبغي لجامع المقاصد وما ذكر بعده أن يحكم فيها بتوجه اليمين عليه فيه لأنه اختير فيها أي الكتب الثلاثة فيه ان الغريم يؤمر بالتسليم اذا صدق المدعي ومن المقرر عندهم ان اليمين انما تتوجه اذا كان المنكر بحيث لو أقر نفذ اقراره وعند هؤلاء ان الغريم ينفذ اقراره في الدين لا في العين وأما المبسوط وما ذكر بعده فقد اختير فيها أنه لا يؤمر بالتسليم اذا صدقه ان كان المال دينا وقد اختير فيها أنه لا يتوجه عليه اليمين مطلقا تصريحا في بعضها وظهورا يلحق به في بعض ومن تردد في وجوب التسليم في الدين ينبغي أن يتردد في توجه اليمين اليه لكنه في التحرير تردد في وجوب التسليم وجزم بعدم توجه اليمين في الدين والعين وجزم في السرائر بتوجيه اليمين عليه اذا كان دينا وأنه يؤمر بتسليمه اذا صدقه ولا فرق في عدم توجه اليمين عند هؤلاء بين أن تكون على البت ان أمكن ونفي العلم لو ادعاه عليه كما صرح به في المبسوط والتحرير وغيرهما والأشهر عن أبي حنيفة أنه أن صدقه لا يجب عليه تسليم العين وان كذبه كان له احلافه فكلام المبسوط متوجه اليه ولعل فرضهم المسئلة في الغائب لان الحاضر يمكن الرجوع اليه فيستثل فاذا تعذر كان كالغائب وعلى كل حال فانما يتم كلامهم هنا على القاعدة التي ذكرها المصنف هنا لا على القاعدة الاخرى المشهورة في باب القضاء كما ستسمعها قريبا ﴿ قوله ﴾ (ولو صدقه وكانت عينا لم يؤمر بالتسليم) قطعا في الايضاح والمسالك وهذا في معنى الاجماع عند العامل بالظن وبه صرح في المبسوط وجامع الشرائع والشرائع والتذكرة والتحرير والارشاد وشرحه لولده وجامع المقاصد والمسالك والروضة والكفاية لان ذلك اقرار في حق الغير فلا ينفذ وفي (المبسوط والتذكرة وجامع المقاصد والمسالك والروضة والكفاية) أنه لو دفعها لم يمنع من الدفع اذ لا منازع غيرهما الآن والمالك على حجته وقد تأمل في مجمع البرهان في وجوب التسليم لو صدقه وأنه لو تم لم يجز له الدفع ولا معنى له بعد اطباق الاصحاب في الاول وامكان الفرق كما يأتي وضوح الدليل وتمام الكلام في باب القضاء فيهما ﴿ قوله ﴾ (ولو دفع اليه كان للمالك مطالبة من شاء باعادتها) لترتب أيديهما على ماله لأنهما عاديان هنا بالدفع وذلك باثبات اليد وبه صرح في المبسوط والشرائع والتذكرة والتحرير وجامع المقاصد والمسالك والروضة والكفاية وللدافع مطالبة الوكيل باحضارها لو طولب به كما في التحرير والمسالك والروضة ﴿ قوله ﴾ (فان تلفت الزم من شاء مع انكار الوكالة ولا يرجع أحدهما على الآخر) كما صرح به في الكتب الثمانية المتقدمة مع زيادة جامع الشرائع (أما الاول) فلكان العدوان كما عرفت (وأما الثاني) فلتصادقهما على ان المالك كاذب في انكار الوكالة وظالم في المطالبة والمظلوم لا يرجع على غير ظالمه ولا بد أن يحمل كلامهم على أنها تلفت في يده بغير تفريط كما صرح به في التذكرة والتحرير وجامع المقاصد والمسالك والروضة والكفاية والا فلو فرط الوكيل ورجع على الغريم رجع على الوكيل كما صرح به في أكثر ما ذكر وهو ظاهر ﴿ قوله ﴾ (وكذا لو كان الحق دينا على اشكال) كما في التحرير وفيه تردد كما في الشرائع وقد اختير في المبسوط والجامع والارشاد وشرحه لولده

الا انه لو دفعه هنا لم يكن للمالك مطالبة الوكيل لانه لم ينتزع عين ماله اذ لا يتعين الا بقبضه أو قبض وكيله وللغريم العود على الوكيل مع بقاء العين أو تلفها بتفريط (متن)

والايضاح والمفاتيح أنه لايؤمر بالتسليم وهو ظاهر المصنف في باب القضاء (١) وجامع المقاصد وتعليق الارشاد والمسالك والروضة والكفاية أنه يؤمر به وهو المحكي عن أبي حنيفة (حجة الاولين) ان الدين مساو للعين لان تسليمه انما يكون عن الموكل ولا ينفذ اقرار الغريم عليه باستحقاق غيره لقبض حقه وان التسليم لايؤمر به الا اذا كان مبرئاً للذمة ومن ثم يجوز لمن عليه الحق الامتناع من تسليمه لمالكه حتى يشهد عليه وليس هنا كذلك لان الغائب يبقى على حجته وله مطالبة الغريم بالحق لو انكر الوكالة فكان كما لو اقر أن هذا وصي الطفل وان الدفع اما على جهة كونه مال الغائب أو الدافع والقسمان باطلان لان الغائب لم يثبت توكيله والدافع انما يجب عليه تسليم الغائب (وحجة الآخرين) ان هذا التصديق اقتضى وجوب التسليم لانه اقرار في حق نفسه خاصة اذ الحق لايتعين الا بقبض مالكه أو وكيله فاذا حضر وانكر بقي دينه في ذمة الغريم فلا ضرر عليه وانما الزم الغريم بالدفع لاعترافه بلزومه له واستحقاقه الاخذ فلا يجوز منع الحق عن مستحقه فكان كما اذا اقر بدين أو عين من تركة انسان أو أقر بانه مات ووارثه فلان فانه يكلف الدفع اليه ولا يكلف البينة وتوقف وجوب التسليم على كونه مبرئاً مطلقاً ممنوع اذ مع الاشهاد يقوم احتمال الموت للشاهدين والفسق وعدم التمكن منهما على ان البراءة هنا حاصلة بزعمه والاحتجاج بجواز الامتناع للاشهاد انما يقتضيه على المدفوع اليه وهو ممكن بالنسبة الى مدعي الوكالة واذا أقر ان هذا وصيه يجب عليه الدفع اليه لانه كما لو قال هذا وارثه أوله عندي كذا وهذه وصيته فليتأمل في هذه المثل وستسمع كلامهم في الوارث وفيما ادعى عليه أنه احاله عليه وتسليم ذلك القدر من مال المديون على أنه مال الغائب له اعتبار ان أحدهما كونه مال الغائب في حق المديون والآخر كونه مال الغائب نفسه واقرار المديون نافذ بالنسبة الى الاعتبار الاول لانه في حقه خاصة وهو كاف في وجوب التسليم كما اذا ادعى زوجية امرأة فانكرت وحلفت وكأن وجوب التسليم ليس محل تأمل بعد حصول العلم القطعي بالوكالة ولا مخصص هنا لقوله صلى الله عليه وآله اقرار العقلاء على انفسهم جائز بل لولا عدم الخلاف في عدم وجوب تسليم العين مع ظهور الفرق اذ لا تعلق للعين بالغريم أصلا لقلنا به فيها وتمام الكلام في باب القضاء فانا قد اسبغناه ﴿ قوله ﴾ ﴿ الا أنه لو دفعه هنا لم يكن للمالك مطالبة الوكيل لانه لم ينتزع عين ماله اذ لا يتعين الا بقبضه أو قبض وكيله ﴾ قد نص على أنه ليس للمالك مطالبة الوكيل في المبسوط والجامع والشرائع والتحرير وجامع المقاصد لما ذكره المصنف من التوجيه وهو ظاهر ﴿ قوله ﴾ ﴿ وللغريم العود على الوكيل مع بقاء العين أو تلفها بتفريط ﴾ كما في الشرائع والتحرير وجامع المقاصد والمسالك والكفاية وأطلق في المبسوط انه مع التلف لم يرجع على الوكيل وفي (جامع الشرائع) أنه لا رجوع للغريم وصاحب الدين على مدعي الوكالة ونحوه ما في التذكرة في آخر فروع المسئلة ويجب تنزيل كلامهما على ما اذا لم تبق العين وكلام المبسوط وكلامهما على ما اذا تلفت بغير تفريط لظهور الوجه في ذلك لانها مع بقائها لا أحد يدعيها

(١) في العبارة نقص وكأن الصواب . وفي السرائر وجامع المقاصد الخ . فان مختار السرائر وجامع المقاصد انه يؤمر به كما يعلم من جامع المقاصد (مصححه)

ولا دَرَكَ لو تلفت بغير تفريط ، وكل موضع يجب على الغريم الدفع لو اقر تلزمه اليمين لو انكر ولو ادعى انه وارث صاحب الحق فكذبه حلف على نفي العلم فان صدقه على ان لا وارث سواه لزمه الدفع (متن)

لان المدين قد استوفى دينه والوكيل حينئذ لايدعي استحقاقها فيجب عليه ردها الى الغريم وأما مع تلفها بالتفريط فهي في ذمة الوكيل ولا مدعي لها غير الغريم ﴿ قوله ﴾ ﴿ ولا درك لو تلفت بغير تفريط ﴾ كما في الشرائع والتحرير وجامع المقاصد والمسالك والكفاية لبراءة القابض من عهدتها بزعم الغريم لتصديقه بوكالته فيكون أمينا وزعمه ان المدين ظالم بالمطالبة والاخذ ﴿ قوله ﴾ ﴿ وكل موضع يجب على الغريم الدفع لو أقر يلزمه اليمين لو انكر ﴾ هذه قاعدة مشهورة كما في المسالك وبها صرح في الشرائع والتحرير وهي معنى ما في المبسوط والتذكرة وشرح الارشاد لفخر الاسلام والكفاية لان فائدة اليمين اقراره أو ردها على المدعي فيحلف فيكون كما لو أقر المنكر فحيث لاينفذ اقراره لامعنى لتوجه اليمين عليه ولهم قاعدة أخرى وهي أن كل ما يتوجه الجواب عن الدعوى فيه يتوجه مع اليمين وهذه ليست مطرودة لخروج الحدود عنها الا أن تقول ان الدعوى حقيقة شرعية في غير الحدود وهذا ينفع في غير مسئلتنا أعني ما اذا ادعى الوكالة عن الغائب (وعساك تقول) قد قال جماعة ان اليمين المردودة كالبينة فيجب توجه اليمين هنا وان لم يجب الدفع باقراره (لانا نقول) قد بينا ان اليمين المردودة أصل برأسه وليست كالاقرار ولا البينة لعدم المراد ذلك على تأمل لنا في ذلك كما بينا في بابه فتنحصر الفائدة هنا في اقراره فحيث ينفذ اقراره تتوجه اليه فاذا نكل قضى عليه به أو ردها الحاكم حكما شرعيا على اختلاف الرأيين وحيث لاينفذ لاتتوجه فلا رد سلمنا لكن اقصى ما هناك أنها كالبينة في حق المتخاصمين دون الغائب فلا تزيد البينة بالنسبة الى الغائب على اقراره لانا لو قلنا أنها كالبينة مطلقا لاثبت حقين حقا على الغريم فجعله مقرا وحقا على من لم يحاكم ولم يخاصم وهو صاحب المال حيث قضت عليه بأنه وكل وهو مع مخالفته لقواعد الشريعة لايوافق التشبيه ولايناسب التوجيه وقد استوفينا الكلام في باب القضاء ﴿ قوله ﴾ ﴿ ولو ادعى أنه وارث صاحب الحق فكذبه حلف على نفي العلم ﴾ كما في المبسوط والتذكرة والتحرير وجامع المقاصد والمراد انه ادعى أنه وارث صاحب الحق خاصة كما صرح به في التحرير وجامع المقاصد وكذا المبسوط لانه اذا صدقه على انه وارث في الجملة لم يجزله دفع شيء اذلا تسلط له على القسمة والوجه فيما ذكروه ظاهر لانه اذا ادعى عليه ان لا وارث سواه واقر له وصدقه نفذ اقراره كما يأتي فاذا ادعى عليه انه وارثه ولا وارث غيره فانكر المدعى عليه ولا بينة وسلم له المدعي الجهل بذلك لم يتوجه عليه يمين لعدم توجه الدعوى عليه نعم ان ادعى عليه العلم بذلك وانكر حلف على نفي العلم فكان كما لو ثبت أن زيدا باع مالا في يد بكر فادعى عمرو على بكر انه المشتري فان دعواه لاتسمع فان ادعى عليه العلم بذلك فان صدقه أمر بالتسليم والا حلف على نفي العلم ولنا في ذلك تأمل حررناه في محله وقد اخترنا ان المدعي يحلف ويأخذ ونسبنا ذلك الى ظاهر الاصحاب والاخبار (وقال في جامع المقاصد) فيما نحن ينبغي أن يكون ذلك بعد ثبوت الموت (قلت) مقتضى كلام المبسوط والتذكرة والتحرير والكتاب ان اقرار من بيده المال بالموت كاف ﴿ قوله ﴾ ﴿ وان صدقه على ان لاوارث له سواه لزمه الدفع ﴾ في العين والدين اجماعا كما في التحرير وبه صرح

ولو ادعى احالة الغائب عليه فصدقه احتمل قويا وجوب الدفع اليه وعدمه لان الدفع غير مبرء لاحتمال انكار المحيل ولو قال الغريم للوكيل لاتستحق المطالبة لم يلتفت اليه لانه تكذيب لبنية الوكالة على اشكال ولو قال عزلك الموكل حلف الوكيل على نفي العلم ان ادعاه والا فلا وكذا لو ادعى الابراء أو القضاء (الثاني) ان يختلفا في صفة التوكيل بان يدعي الوكالة في

في المبسوط وجامع الشرائع والتذكرة وجامع المقاصد وقرب في اقرار الكتاب انه لايلزم بدفع العين ووافقه على ذلك ولده والمحقق الثاني لانه اقرار في حق الغير ﴿ قوله ﴾ (ولو ادعى احالة الغائب عليه فصدقه احتمل قويا وجوب الدفع اليه) هذا الاحتمال خيرة المبسوط وجامع الشرائع وفي (التحرير)أنه الوجه وفي(التذكرة) انه اقرب وفي(الايضاح وجامع المقاصد) انه أصح لانه أقر له بحق في ذمته ليس بعين فكان كالوارث فيقبل بالنسبة اليه لعموم اقرار العقلاء والفرق بينها وبين مسئلة الوكالة انه هناك انما أقر الوكيل باستحقاق اليد على مال الغير ولم يقر له كما هنا بمال في ذمته كما هو واضح مضافا الى ضعف وجه الاحتمال الآخر فكان الاولى بالمصنف ان يجزم به ولا أقل من أن يقربه أو يقويه ﴿ قوله ﴾ (وعدمه لان الدفع غير مبرىء لاحتمال انكار المحيل) هذا ذكره الشافعي في توجيه العدم وتبعه على ذلك الشيخ والجماعة وهو بمكانة من الضعف لانه لو جاز منع المستحق من حقه لاحتمال الانكار الذي يصير الدفع غير مبرىء لمنع المستحق مطلقا حتى مع الاشهاد لبقاء احتمال عدم الابراء معه لاحتمال موت الشاهدين أو ظهور فسقهما أوْ مطالبته في بلد لايتمكن فيه من الوصول اليهما كما عرفت آنفا ﴿ قوله ﴾ (ولو قال الغريم للوكيل لاتستحق المطالبة لم يلتفت اليه لانه تكذيب لبينة الوكالة على اشكال) اما انه لايلتفت اليه ولاتسمع دعواه فقد صرح به في المبسوط والشرائع والتذكرة والتحرير وجامع المقاصد والمسالك ولم يحك في المبسوط والتذكرة عن العامة في ذلك خلاف ولا اشكال مستندين الى ان في ذلك طعنا على الشهود لانهم اثبتوا بشهادتهم استحقاق المطالبة والمصنف استشكل من أن عدم استحقاق المطالبة قد لايكون لكذب البينة لامكان طرو العزل أو الابراء أوالاداء الى الموكل أو الى الوكيل الآخر وغير ذلك فهو أعم والعام لايدل على الخاص فتسمع دعواه ومن ان مقتضى اقامة البينة استحقاق المطالبة فنفيه اذاً رد لمقتضاها ولاترجيح في الايضاح (وقال في جامع المقاصد) التحقيق ان هذا القول مشترك بين تكذيب البينة وبين الدعوى الشرعية فلا يلتفت اليه لاشتراكه بين مايسمع وغيره ولانه لايعد دعوى شرعية فلايستحق الجواب كما لو ادعى ان هذه ابنة امتي حتى يأتي بما يكون دعوى قلت المتبادر من هذه الكلمة تكذيب البينة وتلك احتمالات بعيدة ولذلك لم يلتفت اليها الشيخ والجماعة ﴿ قوله ﴾ (ولو قال عزلك الموكل حلف الوكيل على نفي العلم ان ادعاه) كما في المبسوط والشرائع والتذكرة وجامع المقاصد لانها دعوى شرعية تسمع ﴿ قوله ﴾ (والا فلا) كما في الكتب المتقدمة لان الدعوى على الموكل واليمين لاتدخلها النيابة ﴿ قوله ﴾ (وكذا لو ادعى الابراء أو القضاء) كما في المبسوط وجامع الشرائع والشرائع والتحرير وجامع المقاصد ووجهه واضح ولعله لذلك لم يذكره في التذكرة ﴿ قوله ﴾ (الثاني ان يختلفا في صفة التوكيل بان يدعي الوكالة في بيع العبد أو البيع بألف أو نسيئة أو شراء عبد أو بعشرة فقال الموكل في بيع الجارية أو بالفين أو نقد أو في شراء جارية أو بخمسة قدم قول المالك مع اليمين)

بيع العبد أو الى البيع بالنقد أو نسيئة أو في شراء عبد أو بعشرة فقال الموكل بل في بيع الجارية بالعين أو نقداً أو في شراء جارية أو بخمسة قدم قول الموكل مع اليمين (متن)

هذه أمثلة ما اذا اتفقا على أصل العقد واختلفا في الكيفيات والمقادير وقد صرح بتقديم قول المالك في جملة من هذه الامثلة في التذكرة وزاد عليه امثلة أخر وفي أربعة منها في التحرير وبجميعها في جامع المقاصد وصرح بذلك اعني تقديم قول المالك فيما اذا ادعى أنه اذن له في بيعه بخمسة مثلاً فقال بعشرة في المبسوط والارشاد والمختلف ومجمع البرهان والكفاية فاذا حلف الموكل بطل البيع واستعاد العين أو كانت باقية ومثلها أو قيمتها ان كانت تالفة وحكى في المختلف الخلاف في ذلك عن الشيخ في النهاية وانه قال يلزم الدلال اتمام ما حلف عليه المالك وحمله على تعذر استعادة العين من المشتري والقيمة وكون القيمة مساوية لما ادعاه المالك ولم نجد ذلك في نسختين من نسخ النهاية والاصل في ذلك كله ان الوكيل يدعي خلاف الاصل فالقول قول الموكل لان الاصل عدم الاذن فيما يدعيه الوكيل فيكون الموكل منكراً والاصل عدم خروج المال عن ملك صاحبه الا برضاه للآية والاصل عدم خروجه عن يده الا بقوله للخبر الصحيح كما تقدم غير مرة ولان ذلك فعل الموكل والاصل فيه ان يكون اعرف به من غيره لانه أعرف بحاله ومقاصده الصادرة عنه ولانه كما ان القول قوله في أصل العقد فليكن كذلك في الصفة لانه يرجع اليه كما ستعرف ولذلك لما كان القول قول الزوج في أصل الطلاق كان القول قوله في عدد الطلقات بقي شيئان (الاول) ان كلام الموكل يرجع الى دعوى الخيانة على الوكيل فيقدم قوله لامانته والاصل عدم خيانته وعدم غرامته (والجواب) عن ذلك بما تقدم لنا في باب الاجارة فيما اذا اختلفا في قطع الثوب قميصاً أو قباء بما حاصله من أنه انما يتجه اذا اتفقا على الوكالة وذلك منتف هنا لان اختلافهما في صفة التوكيل يفضي الى الاختلاف في أصل التوكيل فلا تكون وكالته عنه محققة الحصول فلا وجه لتقديم قوله حينئذ وقد أوضحنا الحال هناك (الثاني) أنه قد قال هنا في التذكرة أنه اذا اختلف الخياط ومالك الثوب فقال الخياط امرتني بقطعه قباء وقال المالك بل قميصاً كان القول قول الخياط مع انهما لو اختلفا في أصل الاذن كان القول قول المالك والفرق بينهما بان المالك هناك يريد الزام الخياط بالارش والاصل عدمه وهنا الموكل لا يلزم الوكيل غرامة وان لزمه الثمن فانما لزمه بحكم اطلاق البيع انتهى ومثله ما في المبسوط ومعناه ان الموكل لا يدعي على الوكيل غرامة وانما يثبت الثمن لصاحب الجارية (وفيه) أنه يغرم في بعض الصور كما يأتي مع ان المشهور ان القول قول المالك وهو خيرته في اجارة التذكرة وقد استندوا الى قوله مقدم في أصل الاذن فكذا في صفته لان مرجعه الى الاختلاف في الاذن على طريق مخصوص وقد قلنا هناك ان لا خلاف الا من الشيخ في وكالة الخلاف والمبسوط فقط وحكينا هناك كلام التذكرة هنا وقلنا ان من قدم قول الخياط لا بد له من من القول بالتحالف فهذا يحلف لنفي الارش وذاك يحلف لنفي الاجرة وانه نبه على ذلك في التذكرة وقال انه ليس بجيد لان الاختلاف انما وقع في الاذن ولم نرتضه لان ذلك لا ينفي كون المالك مدعياً وقلنا ان التحقيق ان المالك اما ان يقتصر على انكار الاذن في قطعه قميصاً أو يقول لا تستحق عندي اجرة بل يجب عليك رد الاجرة التي دفعتها اليك وانا مطالب بها وبالارش وقلنا ان كلام الاصحاب مبني على الاول وهو ان المالك انما قابله بانكار الاذن في قطعه قميصاً والحال في بيان الحال ورفع

فلو ادعى الاذن في شراء الجارية بالعين فقال بل اذنت في شراء غيرها أو فيها بالف وحلف فان كان الشراء بالعين بطل العقد ان اعترف البائع ان الشراء لغيره أو بمال غيره والاحلف على نفي العلم ان ادعاه الوكيل عليه فيغرم الوكيل الثمن الموكل ولاتحل له الجارية لانها مع الصدق للموكل ومع الكذب للبائع (متن)

الاشكال هذا وتقديم قول الموكل في هذه المسائل انما هو بالنسبة الى الوكيل واما بالنسبة الى المشتري ففيه تفصيل طويل لانه اما ان يصدق الموكل أو يكذبه و يصدق الوكيل أولا يصدق واحدا منهما مع بقاء العين أو تلفها فان كذب الموكل كان القول قول المشتري فان ادعى الموكل العلم حلف على نفيه وبقيت العين في يده كما ستسمع ذلك كله فيما اذا باع الوكيل نسيئة وانكر الموكل الاذن في ذلك ﴿ قوله ﴾ ﴿ فلو ادعى الاذن في شراء الجارية بالعين فقال بل اذنت في شراء غيرها أو فيها بالف وحلف فان كان الشراء بالعين بطل العقد ان اعترف البائع ان الشراء لغيره أو بمال غيره ﴾ هذه مما سبق بيان الحال فيها في جملة المسائل الآنفة وان القول فيها قول الموكل بيمينه واعادها لبيان مايتفرع عليها من المسائل ويلحقها من الاحكام التي ذكرها في المبسوط وحاصل مافيه وفي التذكرة والتحرير وجامع المقاصد أنه اذا وقع الاختلاف المذكور وحلف الموكل على نفي ما ادعاه عليه الوكيل فان كان الشراء للجارية بعين مال الموكل فان العقد يبطل ظاهرا بمعنى أنه يقع موقوفا على الاجازة كما تقدم مثله مرارا أو بمعنى أنه يستفاد من انكاره والحلف على عدمه رده وعدم الرضا به والاجازة له لكن قد تقدم في محله أنه لابد من التلفظ به وان المراد ان يقول فسخت وأنه لو قال لم أجز كان له الاجازة بعد ذلك وقد نقلنا كلامهم في الباب هناك وهذا اذا اعترف البائع بان شراء الجارية بعين مال الموكل كما عبر بذلك في المبسوط والتحرير وكذا التذكرة وهو يغني عن قوله في الكتاب ان الشراء لغيره أو بمال غيره بل احدهما يغني عن الآخر لان المفروض ان الشراء بالعين فيكفي الثاني بل يتعين لان المطلم على أنه لايصح ان يشتري بمال نفسه لغيره فيتنفي الاول (وكيف كان) فالوجه في ذلك ان التوكيل اتفق بعين الموكل ومثل اعتراف الموكل كما في جامع المقاصد مااذا قامت البينة على ذلك لكن تصور ذلك مع فرض أنه لم يذكره في العقد لايخلو من تكلف ولذلك ترك في المبسوط والتحرير واما بطلانه واقعا فمبني على صدق الموكل وهذا اذا لم يذكره في العقد فان ذكر في العقد ان المال لفلان أوان الشراء له وقع باطلا أيضا كذلك لان المال بيده ولم يتعلق به حق الغير قبل الشراء فيقبل اقراره فيه ﴿ قوله ﴾ ﴿ والاحلف على نفي العلم ان ادعاه الوكيل عليه ﴾ أي وان لم يعترف البائع بان الشراء بعين مال الموكل أولم يعترف بواحد من الامرين على قضية تسوق (سياق خل) العبارة وادعى عليه الوكيل العلم بذلك حلف البائع على نفي العلم لانها يمين تعلقت بنفي فعل غيره وتلك لا تكون على القطع وهو معنى مافي المبسوط والتذكرة والتحرير وجامع المقاصد وبه افصحت عباراتها ﴿ قوله ﴾ ﴿ فيغرم الوكيل الثمن للموكل ﴾ يعني أنه اذا حلف البائع على نفي العلم لم يبطل البيع وان كان قد حلف الموكل على نفي التوكيل المدعي بل يصح ويلزم الوكيل البيع ظاهرا ويغرم الثمن للموكل لان المفروض ان الشراء بعين ماله وهو معنى ما في الكتب الاربعة المتقدمة وبه أفصحت عبارتها ﴿ قوله ﴾ ﴿ ولا تحل له الجارية لانها مع الصدق للموكل ومع الكذب للبائع ﴾ لاتحل له الجارية قطعا كما في

فيشتريها ممن هي له في الباطن. فان امتنع رفع الامر الى الحاكم ليأمر صاحبها ببيعها برفق وليس له جبره عليه فان قال ان كانت الجارية لي فقد بعتكها أو قال الموكل ان كنت اذنت لك في شرائها بالعين فقد بعتكها فالاقرب الصحة لانه أمر واقع يعلمان وجوده فلا يضر جعله شرطا وكذا كل شرط علما وجوده فانه لا يوجب شكا في البيع ولا وقوفه (متن)

جامع المقاصد و به صرح في التحرير وهو المستفاد من المبسوط والتذكرة في هذه الصورة لانه لا مال له فيها أصلا وان كان البيع لازما له ظاهرا لانها مع الصدق للموكل ومع كذبه عليه والشراء بماله وعدم اجازته للبائع وكما لا يحل له وطؤها لا يحل له التصرف فيها ولعله مراد من قولهم لا تحل له الا ان تقول أنه له بيعها اذا امتنع من هي له من بيعها له كما يأتي ﴿ قوله ﴾ ﴿ فيشتريها ممن له في الباطن ﴾ هذا بيان طريق حلها له ذكره في التحرير وجامع المقاصد في صورة الشراء بالعين وذكر نحوه في المبسوط والتذكرة في صورة الشراء في الذمة وهو ان يشتريها ممن هي له في الباطن فانه يعلمه فليتحيل في ذلك بنفسه أو غيره ﴿ قوله ﴾ ﴿ فان امتنع رفع الامر الى الحاكم ليأمر صاحبها ببيعها برفق وليس له جبره عليه ﴾ هذا حاصل ما ذكر في المبسوط والتذكرة والتحرير في ما اذا كان الشراء في الذمة وظاهر العبارة كما هو ظاهر ما حكاه في المبسوط عن قوم وجوب الرفع الى الحاكم (وكيف كان) فالوجه في ذلك انه المرجع ولقوله تأثير في النفوس فيأمر من أخبره الوكيل انه صاحبها ببيعها بكلام مشتمل على الرفق والترغيب في تخليص أخيه المؤمن من ورطتها ولا يجوز له اجباره على ذلك لانتفاء الملك عنه ظاهرا مع انه لا يجب بيع مال شخص على آخر بغير سبب يقتضيه وحيث يمتنع ولا يجيب الحاكم الى ملتمسه فالاولى كما في المبسوط والاقوى كما في التذكرة وغيرها في صورة الشراء في الذمة أنها تكون في يده لصاحبها وله عليه ما لزمه من الثمن وانه له بيعها واستيفاء دينه من الثمن لتعذر وصول حقه اليه الا بذلك والعامة وجوه أخر (منها) ان الجارية تصير ملكا للوكيل ظاهرا وباطنا كما تقوله في المتبايعين اذا تحالفا فان المبيع يحصل للبائع ملكا ظاهرا وباطنا ولهم وجه آخر مشتمل على حيلة وكذب صريح وهو أنه يزور رجلا ويدعي عليه دينا عند الحاكم ويذكر ان هذه الجارية ملك له رهنها عنده بحقه وقد حل عليه الحق وامتنع عن بيعها فيأمر الحاكم ببيعها فتباع باذنه (وكيف كان) فلعل الاولى له حينئذ ان لا يستقبل بالبيع وان كان له ذلك في المديون المماطل لان المحذور الذي في المديون منتف هنا لانه متى أقر صاحب الدين عند الحاكم بمال المديون لم يأمن ان يعلم به فيطالبه به فينتزعه الحاكم ويسلمه اليه وهذا المحذور منتف هنا الا ان تقول ان هذا لا يصلح سندا لوجوب الاستئذان ﴿ قوله ﴾ ﴿ فان قال فان كانت الجارية لي فقد بعتكها أو قال ان كنت أذنت لك في شرائها بالعين فقد بعتكها فالاقرب الصحة لانه أمر واقع يعلمان وجوده فلا يضر جعله شرطا وكذا كل شرط علما وجوده فانه لا يوجب شكا في البيع ولا وقوفه ﴾ كما صرح بذلك في التذكرة والايضاح وجامع المقاصد وكذا المبسوط والشرائع والتحرير وفي (جامع المقاصد والمسالك) ان التعليق انما ينافي الانشاء في العقود والايقاعات حيث يكون المعلق عليه مجهول الحصول وقضية ذلك ان التوصيف باقسامه لا ينافي الانشاء في العقود وهو خلاف المعروف في الاصول وخلاف الاجماع المحكي في تمهيد القواعد على عدم صحة تعليق العقود على الشروط سواء كانت معلومة الوقوع كطلوع الشمس أو محتملة الوقوع كما تقدم لنا في المطلب الثالث فيما اذا اذن له في

وان اشترى في الذمة صح الشراء له فان كان صادقا توصل الى شرائها من الموكل فان امتنع اذن الحاكم في بيعها أو بعضها وتوفية حقه من ثمنها ولو اشتراها الوكيل من الحاكم بماله على الموكل جاز ولو ادعى الاذن في البيع نسيئة قدم قول الموكل مع يمينه (متن)

تزويج امرأة فزوجه غيرها بيان ذلك كله وقد علل غير الاقرب في الايضاح وجامع المقاصد وهو عدم الصحة بأنه شرط وتعليق وان صورة التعليق كالتعليق وأنه أقر باتفاقه فقد علق البيع على شرط كاذب عنده فالبيع باطل بزعم العاقد فبيع الحاكم لاستيفاء الغرامة وضعف بأن المطلوب حصول البيع باطنا بحسب الواقع لا بزعمه هذا (وعساك تقول) ان قوله بطلان وجوده انما يتم بالنسبة الى الوكيل والموكل ولا يتم بالنسبة الى البائع لأنه ربما لا يعلم الحال على حسب الواقع ويجاب بأنه يكفيه في العلم بوقوع الشرط وصحة العقد قول الوكيل وان لم ينفذ ذلك في حقه ولهذا نحكم بصحة النكاح بمجرد دعوى الوكالة عن الغير مع جهل العاقد الآخر بها كما هو الشأن في سائر العقود ﴿ قوله ﴾ (وان اشترى في الذمة صح الشراء له) ان نواه ولم يسمه بل اطلق كما في المبسوط والتذكرة والتحرير وهو معنى قوله في جامع المقاصد ان لم يثبت أنه أضاف الشراء الى الموكل والمراد صحة الشراء له ظاهرا وقد نص في المبسوط والتحرير على البطلان ان ذكر ان الشراء لموكله والمراد أنه صدقه البائع كما في التذكرة وان كذبه لزم الشراء الوكيل كما لو اقتصر على النية كما تقدم بيان الوجه في ذلك كله مرارا ﴿ قوله ﴾ (فان كان صادقا توصل الى شرائها من الموكل) بأي طريق أمكنه بنفسه أوغيره كما سمعته آنفا في صورة الشراء بالعين ﴿ قوله ﴾ (فان امتنع اذن الحاكم في بيعها أو بعضها وتوفية حقه من ثمنها) كما في جامع المقاصد وكأن العبارة تعطي أنه يتعين عليه استئذان الحاكم وفي (التحرير) أنه يجوز للحاكم أن يتولى بيعها وفي (المبسوط والتذكرة والتحرير وكذا جامع المقاصد) أنه يجوز للوكيل بيعها ومعناه أنه لا يتعين على الوكيل استئذان الحاكم بل يستقل هو بالبيع واستيفاء الثمن كما في المديون المماطل اذا ظفر صاحب الدين له بشيء بخلاف جنس دينه مع العجز عن الاثبات عند الحاكم الا أن تقول بالفرق كما سمعته آنفا ولعل عدم التكليف بذلك أولى ويجوز للحاكم أن يأذن له في بيعها وان الزمه بالبيع ولم يعلم بصدق الوكيل لأنه ان كانت للوكيل فلا محذور أصلا وان كانت للموكل فامتناعه سلط الحاكم على الاذن في البيع فلا حرج أيضا ﴿ قوله ﴾ (ولو اشتراها الوكيل من الحاكم بماله على الموكل جاز) كما في جامع المقاصد ومعناه أنه اذا طلب الحاكم من الموكل البيع فامتنع تولى الحاكم البيع فان الوكيل صادقا فللحاكم ولاية على الممتنع في مثل ذلك وان كان كاذبا لغت الصيغة فلا يرد عليه ان الثابت عند الحاكم كونها للوكيل ظاهرا فكيف يبيعه اياها لانه لا محذور في ذلك ﴿ قوله ﴾ (ولو ادعى الاذن في البيع نسيئة قدم قول المالك مع يمينه) كما في المبسوط والتذكرة والتحرير وجامع المقاصد وقد فرض ذلك أي تقديم قول المالك في الكتب الاربعة فيما اذا كذبه الوكيل والمشتري وقالا أنك وكلت في البيع نسيئة وقضية ذلك ان المشتري يعترف بوكالة الوكيل ولا يقول أنه ليس بوكيل وانما باع ملكه وأنه يكتفي بيمين الموكل على عدم الاذن في النسيئة بالنسبة الى المشتري أيضا اذا اعترف أي المشتري بالوكالة وان لم يكن مخاصما له فيسترد الموكل العين ولعلهم يستندون الى أنه لما حلف أنه ما أذن للوكيل في ذلك التصرف اقتضى ذلك رفع ذلك التصرف (وقال

في جامع المقاصد) ان تقديم قول الموكل أنما هو بالنسبة الى الوكيل وأما بالنسبة الى المشتري فانما يقدم قول المالك اذا اعترف المشتري بالوكالة أو ثبت ذلك بالبينة انتهى (وتحرير المسئلة) ان قول الموكل بالنسبة الى الوكيل مقدم في كل حال وأما المشتري فهو اما منكر للوكالة بالكلية أو معترف بها مصدق للموكل او مصدق للوكيل أولا يصدق أحدا منهما كأن يقول لا أعلم الحال (فان كان الاول) فقد قال في التذكرة فان انكر المشتري الوكالة وقال ان البائع باع ملكه فالموكل حينئذ يحتاج الى اقامة البينة فان لم يكن بينه قدم قول المشتري مع يمينه على نفي العلم بالوكالة لانها يمين على نفي فعل الغير فان حلف أقر المبيع في يده ويكون للموكل الرجوع بالقيمة على الوكيل ان كذبه في عدم اذنه له في النسيئة بعد حلف الموكل له وان نكل المشتري عن اليمين على نفي العلم حلف الموكل على ثبوتها وحكم ببطلان البيع وان لم يحلف ونكل فهو كما لو حلف المشتري وقال ونكول الموكل عن يمين الرد في خصومة المشتري لا يمنعه عن الحلف على الوكيل فاذا حلف عليه فله أن يغرم الوكيل قيمة المبيع أومثله والوكيل لا يطالب المشتري بشيء حتى يحل الاجل مؤاخذة له بموجب تصرفه فاذا حل نظر ان رجع الوكيل عن قوله الاول وصدق الموكل فلا يأخذ من المشتري لا أقل من الامرين من القيمة اوالثمن لانه ان كان الثمن أقل فهو موجب عقده وتصرفه فلا يقبل رجوعه فيما يلزمه من زيادة الثمن وان كانت القيمة أقل فهي التي غرمها فلا يرجع الا بما غرم لانه قد اعترف بفساد العقد وبذلك كله صرح في جامع المقاصد بل لعله نقل العبارة بتمامها ولا يخفى ان رجوعه بأقل الامرين حين رجوعه الى قوله انما يتم حيث لا يصدق المشتري الموكل كما هو المفروض وتحته شقان والا فلو صدقه كما صدقه الوكيل رجع عليه الوكيل بالقيمة قلت أو كثرت كما صرح به في المبسوط والتحرير ولم يبينا لنا في التذكرة وجامع المقاصد حكمه في ما اذا رجع قبل حلول الاجل ولعلهما يقولان أنه لا يطالبه أيضا بشيء حتى يحل فيطالبه حينئذ باقل الامرين ثم قالا وان أصر أي الوكيل على قوله الاول ولم يرجع طالبه بالثمن بتمامه فان كان بقدر القيمة أو أقل فذاك وان كان أكثر فالزيادة بزعمه للموكل والموكل ينكرها فيحفظها او يلزمه دفعها الى القاضي وفي (جامع المقاصد) ان الثاني أوضح دليلا ولو توصل الى ايصالها للموكل بصورة هدية ونحوها قدم التسليم الى القاضي (قلت) لو قيل بانه يتصدق بهذه الزيادة في المسئلة وفيما يأتي كما هو الشأن في المال المجهول المالك لدخوله تحت عموم اخباره لم يكن وجيها لان المالك بزعمها أو أحدهما معلوم (وعساك تقول) ان انكار التوكيل عزل على رأي فكيف استحق الاخذ وجوابه ان الاخذ ما نشاء من الوكالة وانما نشاء من ان الموكل قد ظلمه بزعمه وقد ظفر بجنس حقه بل لو كان من غير الجنس جاز ولا يتخرج على القولين في الظفر بغير جنس الحق في غير هذه الصورة لان المالك ثم يدعيه لنفسه ويمنع التبرع عنه بخلاف الموكل هنا (الا أن تقول) انه انما يتم في ما عدا الزيادة لانه انما يتم فيها اذا كان وكيلا في القبض ولم نقل ان الانكار يوجب العزل فلو لم يكن وكيلا فيه أو كان وكيلا وقلنا ينعزل بالانكار كما هو خلاف المختار لنا فانما يرجع باقل الامرين اذا رجع عليه في هذه الصورة وفي غيرها مما يأتي حيث نقول له الرجوع بالثمن خصوصا على القول بان الانكار يقتضي العزل وهذا كله اذا أنكر المشتري الوكالة وأما اذا اعترف بها وهو الثاني فاما أن يصدق الموكل ويصدق الوكيل أو لا يصدق واحدا منهما فان كان الاول فقد قال في التذكرة فان اعترف بها فان صدق الموكل فالبيع باطل وعليه رد المبيع ان كان باقيا وان تلف فالموكل بالخيار ان شاء غرم الوكيل لانه تعدى وان شاء غرم المشتري لتفرغ يده على

ويأخذ العين فان تلفت في يد المشتري رجع على من شاء بالقيمة فان رجع على المشتري رجع على الوكيل بما أخذ منه من الثمن (متن)

يد مضمونه وقرار الضمان على المشتري لحصول الهلاك في يده وان رجع الموكل عليه لم يرجع على الوكيل بل يرجع عليه بالثمن الذى سلمه لخروج المبيع مستحقا (قلت) وبذلك صرح في المبسوط والتحرير وجامع المقاصد والكفاية لكن في الاولين ان ذلك في صورة ما اذا صدقاه وأنه ان رجع على الوكيل بالقيمة رجع بها على المشترى في الحال وفي (جامع المقاصد) أنه ان رجع الموكل على الوكيل قبل الاجل فيما نحن فيه وهو ما اذا صدق المشتري الموكل رجع الوكيل بالثمن على المشتري بعد الحلول لا قبله ووجهه واضح لانه مكذب للموكل وحكم زيادته على القيمة ما تقدم (وان كان الثاني) فقد قال في التذكرة وان صدق أي المشترى الوكيل قدم قول الموكل مع يمينه وان حلف أخذ العين وان نكل حلف المشتري وبقيت العين له (قلت) مراده ان المشتري يحلف ان الموكل أذن له في ذلك ولا يخفى عليك الفرق بين هذه وبين ما اذا انكر الوكالة فانه هناك يحلف على نفي العلم ان ادعاه عليه ولم يبين لنا ماذا نكل المشتري عن ذلك أي اليمين المردودة ولا ما اذا نكل الوكيل أيضا عنها ولعله يقول ان الحكم يكون كالوحلف الموكل ولم يبين لنا أيضا ما اذا رجع عليه حينئذ او باده بده وسيأتي للمصنف فيما اذا باع بألف وقال انما أذنت بالعين وقد تلفت العين أنه اذا رجع على المشتري لا يرجع على الوكيل بشيء ان صدقه وقد قال في جامع المقاصد أنه غير جيد وأنه يرجع بالثمن اذ لا مصرف أولى به من رده اليه ثم لو كان فيه زيادة عن القيمة اتجه أن لا يرجع بها وبذلك جزم فيما يأتي في مجمع البرهان والكفاية قالا ان كان الثمن أقل أو ساويا أخذه قصاصا وان كان أزيد من القيمة لم يرجع بالزائد (قال في الكفاية) ويبقى الزائد في يد الوكيل مجهول المالك (وقال في مجمع البرهان) ينبغي ان يرده المشتري أو الوكيل الى المالك لانه ماله بزعمهما وقال في (التذكرة) وان رجع على الوكيل لم يكن للوكيل ان يرجع في الحال لانه يعترف أنه ظلمه بالرجوع عليه وانما يستحق الثمن المؤجل فاذا حل كان للوكيل ان يرجع عليه باقل الامرين لان القيمة ان كانت أقل فصاحب السلعة يقول أنه لا يستحق الا ذلك وان كان الثمن المسمي أقل رجع به لانه يقر بان صاحب السلعة ظلمه باخذ القيمة وان كذبه أحدهما دون الآخر رجع على المصدق وحلف على المكذب ويرجع حسب ما ذكر في تكذيبهما له وهو يندرج في بعض ما تقدم (وان كان الثالث) وهو ما اذا لم يصدق المشتري واحداً منهما فالظاهر أنه اذا حلف الموكل استرد العين ان كانت باقية وان كانت تالفة فان رجع على المشتري رجع على الوكيل با كثر الامرين اذا كان جاهلا على ما تقدم لنا في باب البيع لانه مغرور أقدم على ضمانه بما دفع من الثمن لا بالقيمة وان رجع على الوكيل رجع على المشتري بالثمن ان لم يرجع الى تصديق الموكل والا رجع باقل الامرين بعد الحلول ﴿ قوله ﴾ (ويأخذ العين) أي يأخذ الموكل العين وقد علمت أنه يستردها في جميع الصور المتقدمة اذا كذباه ولم يصدقاه الا في ما اذا انكر المشتري الوكالة بالكليه وحلف على نفي العلم كما عرفت آنفا والامر فيما اذا صدقاه واضح ﴿ قوله ﴾ (فان تلفت في يد المشتري رجع على من شاء بالقيمة) قد عرفت اتفاق كلمة المبسوط والتذكرة والتحرير وجامع المقاصد على ذلك حيث يعترف المشتري بالوكالة أو يثبت بالبينة كما عرفت تفصيل ذلك وكما ستسمعه ﴿ قوله ﴾ (فان رجع على المشترى رجع على الوكيل بما

وان رجع على الوكيل لم يكن للوكيل ان يرجع في الحال بل عند الاجل باقل الامرين من الثمن والقيمة ولو ادعى الاذن في البيع بالف فقال انما أذنت بالفين حلف الموكل ثم يستعيد العين ومع التلف المثل أو القيمة على من شاء فان رجع على المشتري لم يرجع على الوكيل ان صدقه وان رجع على الوكيل رجع الوكيل عليه باقل الامرين من ثمنه وما اغترمه (متن)

أخذ منه الثمن ﴾ قد عرفت ان ذلك اذا ثبت أصل التوكيل باعتراف المشتري أو ثبت بالبينة وحلف الموكل على نفي مايدعيه الوكيل وكذا اذا نكل المشتري عن اليمين على نفي العلم وحلف الموكل على ثبوت الوكالة كما تقدم لكنه يرجع با كثر الامرين من القيمة والثمن اذا كان جاهلا بالمخالفة لان القيمة اذا كانت اكثر فلانه مغرور قد أقدم على ضمانه بما دفع لا بالقيمة كما أوضحناه في باب البيع لكنه قال في المبسوط هنا انه ان رجع على المشتري أخذ منه جميع القيمة ولم يكن له ان يرجع على الوكيل بشيء وهو مخالف بظاهره ما اخترناه من رجوعه باكثر الامرين كما هو ظاهر الكتاب وكما ذهب اليهم جماعة واستشكل فيه آخرون وان كان الثمن أكثر رجع به لفساد البيع كما هو ظاهر ﴿ قوله ﴾ ﴿ وان رجع على الوكيل لم يكن الوكيل ان يرجع في الحال بل عند الاجل باقل الامرين من الثمن والقيمة ﴾ كما في المبسوط والتحرير فيما اذا كذب المشتري والوكيل الموكل في دعواه أي واعترف المشتري باصل التوكيل وفيه مافيه كما تقدم ويأتي وفيما اذا انكر المشتري الوكالة بالكلية ونكل عن اليمين على نفي العلم وحلف له الموكل على ثبوتها وحلف الوكيل على نفي التوكيل في النسيئة فان الوكيل في هذه الصورة بقيودها لايطالب المشتري في الحال عند المصنف في التذكرة والمحقق الثاني بل عند الاجل فاذا حضر ورجع الى تصديق الموكل طالب المشتري باقل الامرين عندهما وان اصر طالبه عندهما بالثمن كله ويدفع مازاد منه على القيمة الى القاضي وكذا يرجع الوكيل بالثمن كله بعد الاجل اذا صدق المشتري الموكل ورجع الموكل عليه أي الوكيل عند المحقق الثاني ولو قلنا بان الانكار يقتضي العزل أولم يكن وكيلا كما هو اطلاق العبارة ورجع باقل الامرين دائما كما تقدم آنفا ولعل اطلاق المبسوط والتحرير باقل الامرين ملحوظ فيه ذلك ويرجع الوكيل على المشتري اذا رجع عليه الموكل بعد الاجل باقلهما عندهما اذا صدق المشتري الوكيل والموكل تركه ورجع على الوكيل ويرجع عندنا باقلهما فيما اذا لم يصدق أحدهما ورجع الوكيل بعد الحلول الى تصديق الموكل وفيما اذا كذبه الوكيل فقط فحلف عليه ثم رجع الى تصديقه بعد الحلول فالعبارة على اطلاقها غير مستقيمة الا أن تقول أنه بناه على أنه غير وكيل في القبض كما هو قاعدة الوكيل أو على ان الجحود يقضي بالعزل وان استشكل فيه فيما سلف فتأمل ﴿ قوله ﴾ ﴿ ولو ادعى الاذن في البيع بالف فقال انما اذنت بالفين حلف الموكل ثم يستعيد العين ومع التلف المثل أو القيمة على من شاء فان رجع على المشتري لم يرجع على الوكيل ان صدقه وان رجع على الوكيل رجع الوكيل باقل الامرين من ثمنه وما اغترمه ﴾ كما صرح بذلك كله في الارشاد ومجمع البرهان وكذا الكفاية (وقال في جامع المقاصد) الحكم في هذه كالحكم في المسئلة السابقة بغير تفاوت (قلت) ولعله لذلك لم يتعرض لها في المبسوط والتذكرة والتحرير وقال في جامع المقاصد هذا انما يستقيم بعد ثبوت أصل التوكيل مع حلفه على نفي مايدعيه الوكيل (قلت) هذا هو المعروض كما يظهر لمن تدبر في الكتابين وقد تعرض المصنف هنا وفي الارشاد في صورة تصديق المشتري

﴿ الثالث ﴾ أن يختلفا في التصرف كأن يقول تصرفت كما اذنت من بيع او عتق فيقول الموكل لم تتصرف بعد فالاقرب تقديم قول الوكيل لانه أمين وقادر على الانشاء والتصرف اليه (متن)

الوكيل لما لم يتعرض له ولا غيره في تلك الصورة في المسئلة السابقة وهو انه ان رجع على المشتري لم يرجع على الوكيل ان صدقه ولم يستجوده في جامع المقاصد قال لانه مع تصديقه اياه لا يستحق الوكيل الثمن المدفوع اليه والموكل لا يدعيه وقد اغرم المشتري عوض العين فلا مصرف أولى به من هذا ثم لو كان فيه زيادة عن القيمة اتجه أن لا يرجع لها انتهى وأنت قد سمعت تحرير ذلك آنفا والظاهر ان المسئلة مفروضة في كلام المصنف في الكتابين في ان الوكيل لم يتسلم الثمن من المشترى لانه لا يملك أخذه فمراده فيهما أن المشتري لا يرجع على الوكيل بشيء من ماله لانه لم يغره لانه مصدق له وذلك لا ينافي أخذه الثمن منه لو كان سلمه له كما هو ظاهر أو يحمل على أنه تلف الثمن في يده من دون تفريط قوله ليس بجيد غير جيد ولا صحيح ويجب على المشتري ان كان اشترى بعين شخصيه دفعها للموكل بل يجب عليه ان كان الثمن أزيد من القيمة ان يعطيه القيمة والزيادة بل له ان لا يعطي الوكيل شيئا أصلا ان تمكن من ذلك وكان قد دفع الثمن للوكيل باذن الموكل (وقال في جامع المقاصد) لا يخفى ان قوله وان رجع على الوكيل رجع عليه باقل الامرين انما يتم اذا لم يثبت أصل التوكيل ورجع الوكيل الى تصديق الموكل فليتأمل ذلك انتهى (قلت) قد عرفت أنه والمصنف في التذكرة قيدا في المسئلة السابقة رجوع الوكيل باقل الامرين على المشتري اذا رجع الموكل عليه بهذا القيد وقالا انه ان أصر رجع بكل الثمن كما بيناه آنفا ونزلنا العبارة على أحد وجهين وقد تقدم انه يرجع باقل الامرين في عدة مواضع اذا ثبت أصل التوكيل وأنه يرجع بكل الثمن اذا لم يثبت أصل التوكيل عند المشتري وأصر الوكيل على دعواه لان الثمن كله للوكيل على زعم المشتري وكذلك اذا ثبت أصله عند المشتري صدق الموكل أو لم يصدق وأصر الوكيل كما تقدم ذلك له في جامع المقاصد قال وان كان الثمن أزيد دفع الزيادة للحاكم ثم حيث يرجع الوكيل الى تصديق الموكل يتعين عليه المطالبة باقل الامرين ومما يظهر وجه ما قاله المقدس الاردبيلي قال قول المحقق الثاني لا يخفى ان ذلك انما هو اذا لم يثبت أصل التوكيل الى آخره غير ظاهر لان الحكم المذكور ثابت على تقدير ثبوت وكانه لم يتفطن الا أنه لو كان الثمن زائدا فانه يعطيه الموكل بل ما يفهم وجه (معنى خل) لرجوعه باقل الامرين على المشتري على تقدير عدم ثبوته اذ حينئذ يكون المال للوكيل بزعم المشترى فيرجع عليه بكل الثمن الى ان قال على أنه يصير المتن يعني متن القواعد في غاية الركاكة ولعل في العبارة غلطا يعني عبارة جامع المقاصد وقد عرفت أنها صحيحة والنسخ المتعددة فيها متوافقة ﴿ قوله ﴾ (الثالث ان يختلفا في التصرف كأن يقول تصرفت كما اذنت من بيع أو عتق فيقول الموكل لم تتصرف بعد فالاقرب تقديم قول الوكيل لانه أمين وقادر على الانشاء والتصرف اليه ﴾ ولانه منكر على بعض تعاريف المنكر لانه اذا ترك ترك ولان الظاهر من كون التصرف اليه وقدرته على الانشاء انه أوقع الفعل لانتفاء المقتضي للتأخير كما أشار اليه المصنف ولحصول الضرر وسد باب الوكالة لانه ربما كان صادقا وتعذرت البينة ولم يتمكن من أخذه ممن اشتراه فتكليفه بذلك ضرر ظاهر ولان الاختلاف في فعله وهو أعلم به ولانه محسن فما عليه من سبيل وبذلك جزم في الارشاد واللمعة وفي (المبسوط) انه الصحيح وفي (الشرائع) انه الاشبه وفي (المسالك) انه أجود وفي (الروضة)

ويحتمل تقديم قول الموكل للاصل الدال على عدم الزام الموكل باقرار غيره (متن)

أقوى وهو الانسب بكونه أمينا ومتصرفا لغيره فلتقديم قوله وجه كما في جامع المقاصد ﴿ قوله ﴾ ﴿ ويحتمل تقديم قول الموكل للاصل الدال على عدم الزام الموكل باقرار غيره ﴾ ولان الاصل عدم التصرف والاصل بقاء الملك على مال مالكه ولانه منكر ظاهراً والامانة مطلقا ممنوعة وكذلك الضرر على أنه معارض بمثله والا عرفية ليست بحجة ولكنه لا جازم به على الاطلاق أصلا غير أنه قال في مجمع البرهان كانه أظهر (وقال في التذكرة) في موضع منها ان كان النزاع قبل عزل الوكيل فالاقرب تقديم قوله أى الموكل وجزم بتقديم قوله ان كان النزاع بعد عزله مع أن له تفصيل آخر في التذكرة ستسمعه عند تمام الكلام يخالف هذا التفصيل و يوافق المبسوط فى أحد شقيه وفي (جامع المقاصد) انه امتن دليلا وقال فالتوقف مجال ولا ترجيح في موضع من التذكرة وصرح بالتردد في التحرير في تقديم قول الوكيل وفي (مجمع البرهان) ما حاصله أنه يوجب على الموكل أن لا يبني على الظن والظاهر وأصل العدم بل لا يجوز له الحلف حتى يعلم العدم وان كان عزيزا كأن يكون معه ولم يفارقه والحال ان العمل يحتاج الى المفارقة أو عمل الجوارح ونحو ذلك وعلى كل حال فالقول الاول هو الاقوى والاشبه والاعرف بين أهل السوق وسيرتهم مستمرة على تصديق الوكيل وهو المستفاد من ظواهر الاخبار لمن لحظها في أبواب الامانات كالوديعة والعارية والاجارة وغيرها وقد مثل المسئلة في التحرير بما اذا قال بعت أو قبضت وتلف في يدي فقال في المسالك لا يحتاج الى تقييد ذلك بكون الثمن قد تلف في يد الوكيل كما ذكره بعضهم تبعا للتحرير لان دعوى التلف أمر خارج عن المسئلة لان حاصل هذه المسئلة ان الموكل يدعي عدم التصرف ليرتجع العين والوكيل يدعى الفعل سواء ترتب عليه مع ذلك دعوى التلف أو لا اذ دعوى التلف أمر خارج قد تقدم سابقا والى ذلك أشار فى الروضة بقوله لا فرق بين قوله فى دعوى التصرف بعت وقبضت وتلف في يدى وغيره لاشتراك الجميع في المعنى ودعوى التلف أمر آخر وقد خبط بعض المحشين عليها خبطا مع انه غير منكور التحقيق وكأن الشهيد الثاني لم يلحظ التذكرة فى مقام آخر ولا الكتاب ولا الارشاد فانه فصل في الثلاثة تفصيلا مشتملا على ان دعوى التلف ليست أمراً آخر بل لها مدخل عظيم في المسئلة اذا قال قبضت وتلف الثمن في يدي وهو ان الوكيل انما يقدم قوله فى التلف بعد ثبوت وصول المال اليه (وحاصله) أنه اذا باع وقبض الثمن وتلف في يده وأنكر الموكل قبض الثمن الوكيل بالكلية كما هو المفروض في التحرير وان شئت قلت وأنكر التصرف بالكلية وكانت الدعوى بعد تسليم المبيع للمشتري لان الموكل لم يجد في يد وكيله مبيعا ولا ثمنا فالقول قول الوكيل مع يمينه لان دعوى الموكل تلزم منها خيانته بان يكون سلم المبيع قبل أن يتسلم الثمن لانه لا يجوز له تسليمه الا بعد قبض الثمن مضافا الى الاصول المتقدمة وغيرها من دفع الغرامة عنه وأما اذا كانت الدعوى قبل تسليم المبيع مع وجوده في يد الوكيل فالقول قول الموكل لانه لا يلزم منه خيانة وان قول الوكيل في التلف انما يقدم اذا ثبت وصول المال اليه مضافا الى ما تقدم من أدلة العدم فالمصنف في التحرير متردد في تقديم قول الوكيل في الجميع ولا فرق عنده بين الجميع ويشهد على ذلك أنه في التحرير حكى عن المبسوط في هذا العنوان في صورة التلف التى مثل لها في التحرير أنه قوى قول الوكيل مع أنه في المبسوط لم يتعرض في هذا العنوان لصورة التلف أصلا وما ذاك الا لانه فهمه من اطلاق كلامه وأنه معرض عن هذا التفصيل

ولو قال اشتريت لنفسي او لك قدم قوله مع اليمين (متن)

الذي هو الاظهر عند الشافعية ولم يتعرض المسئلة في الخلاف (وليعلم) ان هذا التفصيل حكاه في التذكرة عن الشافعية وظاهره حيث سكت عليه ارتضاؤه وقد تقدم له قبل ذلك بلا فاصلة ان الاقوى عدم قبول قول الوكيل وقال في آخر كلامه ان هذا التفصيل وتقديم قول الوكيل انما هو اذا استلزمت دعوى الموكل خيانته أما اذا اذن له في التسليم قبل قبض الثمن أو أذن في البيع بثمن مؤجل وفي القبض بعد الاجل فهنا لا يكون خائنا بالتسليم قبل القبض فالاختلاف كالاختلاف قبل التسليم ومعناه أنه يقدم قول الموكل حينئذ ولم يلتفت الى التفصيل بالعزل وعدمه فكان كلامه فيها مضطرب هذا كلامهم في هذا العنوان نفيا واثباتا وهو ما اذا اختلفا في التصرف فقال تصرفت كما أذنت من بيع او عتق أونحو ذلك كأن يقول بعت و ينكر الموكل ذلك أو يقول بعت وقبضت وتلف الثمن في يدي و ينكر الموكل القبض بالكلية فضلا عن التلف ولهم كلام آخر أول من ذكره الشيخ في المبسوط وهو أنه اذا وكله في قبض دينه من غريم له فقال الوكيل قبضت وتلف في يدي وصدقه الغريم في ذلك وانكر الموكل فان في المبسوط والتذكرة والشرائع والتحرير والكتاب أنه يقدم قول الموكل على اشكال في الثلاثة الاخيرة وكذا جامع المقاصد والكفاية وفي (الايضاح والمسالك) كما عن الشهيد ان هذا اختلاف في التصرف فيبقى الحكم على الخلاف في ذلك وفي (الايضاح) ان الاصح تقديم قول الوكيل هنا وفي (المسالك) أنه الاقوى واليه مال في جامع المقاصد وأطبقوا جميعا في هذه الكتب عدا التذكرة على أنه لو أمره ببيع السلعة وتسليمها وقبض ثمنها فاقر بالبيع وتسليم المبيع وقبض الثمن وتلفه في يده من غير تفريط وصدقه المشتري كان القول قول الوكيل وفرقوا بين المسئلتين بان قول الموكل في المسئلة الاولى متعضد بالاصل وليس ثم ما ينافيه بل لا دعوى له على الوكيل لان الموكل يدعي بقاء المال على المدين دون الوكيل لأنه يقول له لا استحق عليك شيئا لانك لم تقبض المال ولهذا اذا حلف المدعي طالب المدين ولا يثبت له بيمينه على الوكيل شيء فكان بمنزلة ما اذا ادعى من عليه الدين دفع المال اليه وهو ينكره فالقول قوله فكذا هنا صرح بذلك كله في المبسوط (وأما المسئلة الثانية) فقول الموكل وان كان متعضدا فيها بالاصل أيضا الا أنه يقتضي خيانة الوكيل وتضمينه تسليمه المبيع قبل قبض الثمن وفي (الشرائع وجامع المقاصد والمسالك) كما عن الشهيد ان في الفرق نظرا لاشتراكهما في كون النزاع في تصرف الوكيل وقد تقدم ان قوله مقبول فيه فينبغي ان يقدم قوله في الصورتين (قلت) ولهذا استشكل جماعة في تقديم قول الموكل في الاولى وجزموا بتقديم قول الوكيل في الثانية وأما التذكرة فقد سمعت ما فيها في المواضع المتعددة وحيث يقدم قول الوكيل فهل يحصل بذلك براءة المشتري من الثمن وجهان قوى ذلك في التذكرة واستظهره في المسالك لان الحق واحد و يحتمل العدم لاصالة عدم الاداء وانما قبل من الوكيل لائتمانه وهذا المعنى مفقود في المشتري اذ لا يقبل قوله في ذلك لو كان النزاع معه ابتداء وقد نفى عنه البأس في التذكرة أيضا ﴿ قوله ﴾ (ولو قال اشتريت لنفسي أو لك قدم قوله مع اليمين) كما في التحرير والارشاد وجامع المقاصد والمسالك والكفاية وكذا التذكرة وجامع الشرائع وظاهر الشرائع أنه يقدم قوله من دون يمين وقد يدعى ان ذلك ظاهر الارشاد وليس كذلك لانه خرطه في سلك مسائل لا بد فيها من اليمين وقد تأمل في مجمع البرهان في ما اذا قال اشتريت لك ووافق فيما اذا قال

ولو قال اشتريت بمائة فقال الموكل بخمسين احتمل تقديم قول الوكيل لانه أمين والموكل لانه غارم والوكيل ان كان الشراء بالعين لانه الغارم لما زاد على الخمسين والموكل ان كان الشراء في الذمة لانه الغارم (الرابع) ان يختلفا في الرد فلو ادعى الوكيل رد العين أو رد ثمنها قدم قول الموكل

اشتريت لنفسي ومثله ما في موضع آخر من الكفاية أما تقديم قوله في المسئلتين فان الاختلاف راجع الى قصده ولا يعرف الا من قبله وهو أبصر بنيته فيرجع اليه فيه كما وجه بذلك في الشرائع وغيرها وأما ان ذلك مع اليمين فلامكان اطلاع الموكل على ذلك باقراره قبل ذلك وقد يكون مبنيا على سماع دعوى التهمة وأما تقديم قوله من دون يمين فاما أن يكون بناء على عدم سماع دعوى التهمة أو يكون الموكل قد صرح بانه قصد ذلك من غير وجه محتمل وفي (مجمع البرهان) ان موضوع المسئلة ان الموكل علم ذلك بطريق شرعي عنده كان يكون حاضرا وقت الابتياع فذكر نفسه أو الموكل وأما اذا سلم له انه أطلق فالظاهر ان القول قول الوكيل بغير نزاع اذ لا يمكن دعوى أنه قصد غير ما ادعى انتهى وهو يخالف ظاهر ما سمعته من تعليلهم وصريح المسالك والمفروض في التذكرة انه اشترى بدراهم الموكل ولم يسمه في العقد بل اطلق واختلفا وقال ان القول قول الوكيل ووزن الدراهم ودفعها بعد حصول العقد وحكى عن اصحاب أبي حنيفة ان القول قول الموكل قال واختلفوا فيما اذا تصادقا على أنه لم ينو نفسه ولا الموكل فابو يوسف على ان الحكم للدراهم ومحمد بن الحسن ان الحكم للوكيل والاولى لهما التفصيل ﴿ قوله ﴾ (ولو قال اشتريت بمائة فقال الموكل بخمسين احتمل تقديم الوكيل لانه أمين والموكل لانه غارم والوكيل ان كان الشراء بالعين لانه الغارم لما زاد على الخمسين والموكل ان كان الشراء في الذمة لانه الغارم) قد ذكر في المسئلة ثلاثة احتمالات ولا بد فيها من فرض كون المبيع يساوي مائة كما في التحرير وجامع المقاصد والمسالك والروضة والا لم يكن الشراء صحيحا والاحتمال الاول خيرة المبسوط واللمعة وفي (شرح الارشاد) لولده أنه أولى وفي (جامع المقاصد والروضة) أقوى وفي (المسالك) قوي لانه أمين ولانه محسن فلا سبيل عليه غير اليمين ولان الظاهر ان الشيء انما يشترى بقيمته ولانه قد يكون صادقا كما هو الظاهر فيلزم اضراره بالغرم وقضية اطلاق هؤلاء ان القول قول الوكيل وان كان قد اشترى في الذمة بل قد نسب ذلك في التحرير الى المبسوط والاحتمال الثاني خيرة الشرائع والارشاد وكذا التذكرة ومجمع البرهان للاصل أي أصل براءته من الزائد ولانه منكر ولانه غارم وان ذلك اثبات حق البائع على الموكل والاصل في ذلك الاصل (وفيه) ان التمسك به بعد فرض ان المبيع يساوي مائة اسقاط لحق البائع ظاهرا بغير وجه بل الاصل بقاء المتنازع فيه في ذمته لان الاصل عدم استحقاق العين بالثمن الاقل والظاهر عدم شراء مائة بخمسين وقد رماه بالضعف في جامع المقاصد والاحتمال الثالث وهو التفصيل مذهب أبي حنيفة لانه ان كان اشترى بعين مال الموكل وهي المائة كان أي الوكيل غارما لان الموكل يطالبه برد ما زاد على خمسين فيقدم قوله وان كان قد اشترى في الذمة قدم قول الموكل لانه غارم لان الوكيل يطالبه بالزائد عن الخمسين وقد رده في التذكرة بابطال الفرق المذكور من حيث ان الغارم في الموضعين هو الموكل لان الوكيل اما أن يطالبه بالثمن أو يؤديه من مال الموكل الذي هو في يده وفي (مجمع البرهان) ان وجهه غير واضح ولا ترجيح في التحرير وغاية المراد كالكتاب ﴿ قوله ﴾ (أن يختلفا في الرد فلو ادعى الوكيل رد العين أورد

على رأي وقول الوكيل ان كان بغير جعل على رأي (متن)

ثمنها قدم قول الموكل على رأي ﴾ موافق لما في السرائر والشرائع والارشاد والمختلف والايضاح واللمعة والمسالك والروضة ومجمع البرهان والكفاية (وقال في التحرير) لو قيل به كان حسنا وفي بعض هذه الجزم بذلك وفي بعضها بلفظ الاشبه والاقوى والأقرب ولاصح لأنه منكر والاصل عدم الرد لقولهم عليهم السلام على اليد ما أخذت ولا يلزم سد باب قبول الوكالة اذ الاشهاد ممكن وقد قالوا أنه له الامتناع حتى يشهد بخلاف التلف لانه قد يتلف في موضع لا يمكنه فيه الاشهاد مع أنه قد ادعى عليه الاجماع هنالك ولا اجماع هنا وستسمع تحقيق المقام ﴿ قوله ﴾ ﴿ وقول الوكيل ان كان بغير جعل على رأي ﴾ مشهور كما في الشرائع وشرحها للصيمري على ما حكي والكفاية وهو مذهب الشيخ والاتباع كما في غاية المراد وهو يدل على الاجماع قبل ابن ادريس اذ لم نجد مخالفا قبله وظاهر المهذب البارع أو صريحه الاجماع عليه حيث قال الامناء على ثلاثة أقسام (الاول) من يقبل قوله في الرد اجماعا وضابطه من قبض العين لنفع المالك فهو محسن محض فيقبل قوله في ردها حذرا من مقابلة الاحسان بالاساءة واستشكله العلامة من حيث ان الاصل عدم الرد وجزم في كتاب فتواه بموافقة الاصحاب انتهى فتأمل فيما حكاه عن المصنف وهو خيرة المبسوط والمهذب للقاضي على ما حكي وجامع الشرائع والنافع وكشف الرموز والتنقيح وايضاح النافع وجامع المقاصد وكأنه قال به أو مال اليه في التذكرة وفي بعضها الجزم بذلك وفي بعضها الاشبه والاصح وأنه حسن ونحو ذلك فقد اشتمل كلامهم على حكمين منطوقا من الاكثر ومفهوما من الكتاب ونحوه القبول بدون الجعل وعدمه معه (أما الاول) فلانه أمين محسن احسانا محضا لانه قبضه لمصلحة المالك فكان كالودعي وقد تقدم لنا في باب الوديعة نقل الشهرات المستفيضة والاجماعات الكثيرة الصريحة والظاهرة على قبول قوله في الرد ولا فارق أصلا كما أوضحناه وبيناه هنا واستشهدنا عليه بكلامهم في باب المضاربة هذا كله مضافا الى الاخبار الناهية من رمي الامين بالتهمة وتكليفه البينة وهذه الاخبار أخص من الاخبار الدالة على ما ذكروه وهي ان البينة على المدعي واليمين على من انكر وقد اعتضدت بالشهرة المحكية في الشرائع وغيرها مضافا الى ما يظهر من غاية المراد كما عرفت وما في المسالك والروضة من ان الامانة لا تستلزم القبول كما لم تستلزمه فيما اذا كانت بجعل مع اشتراكهما في الامانة وكذلك الاحسان والسبيل المنفي مخصوص فان اليمين سبيل فاطرف شيء لما عرفت من أن الاخبار مستفيضة بذلك وبذلك طفحت عباراتهم مستندين اليها في أبواب الامانات بل قال هو في الروضة من دون فاصلة لو اختلفا في التلف حلف الوكيل لانه أمين فقد تمسك بها ولم يستند في ذلك الى غير ذلك أصلا ولولا الاجماع المحصل من كلامهم في المقام على عدم قبول قوله اذا كان هناك جعل لقلنا بقبول قوله مطلقا لمكان عموم تلك الاخبار ولا منافاة بين قبول قوله بدون الجعل وعدمه معه بالاجماع اذ العام المخصوص حجة في الباقي هذا مع تسليم اشتراكهما في الامانة وعدم الفرق واضح بين الامانة المحضة والتي مع الجعل غير متعلق بعين المال كالمرهون والمستعار وانما هو لازم لذمة الموكل فيكون قبضه قبض أمانة محضة ولا يخلو من وجه لولا اشتمال قوله على تعلق الحق بذمة الموكل مستقراً ولعله هو الباعث على الاجماع الفارق (ومما ذكرناه) يعلم ضعف ما ضعف به نفي السبيل بتوجيه اليمين عليه وهو سبيل كما اعترف به في حاشية على الروضة قال السبيل المنفي نكرة في سياق النفي فيعم وتخصيصه

ولو انكر الوكيل قبض المال ثم ثبت ببينة أو اعتراف فادعى الرد او التلف لم تسمع بينته (متن)

ببعض افراده باثبات اليمين عليه اجماعا لا ينفي حجيته في الباقي فيبقى دالا على محل النزاع ثم قال الا ان يدعى ان السبيل لا يتناول مثل ذلك قلت هي دعوى يكذبها العرف واللغة لان العموم لغوي يتناول النادر وغيره ثم قد يدعى ان اليمين ليست من افراد السبيل بالكلية على تأمل في ذلك (وليس لك أن تقول) لو قبل قوله في الرد بدون الحلف لذهبت الامانات آخر الدهر (لانا نقول) ان ذلك جار في التلف فانه يقبل قوله فيه خفيا كان أو ظاهرا وفي الوديعة ردا وتلفا مع انا نجد أفسق الفساق يأبى عن اليمين لظهور تأثيرها ولا تصغ الى قوله في المسالك ان ظاهرهم عدم الخلاف في تقديم قول اليتيم والموصى له في عدم القبض وهو يؤيد تقديم قول الموكل للاشتراك في العلة بل ربما كان الاحسان هنا أقوى لمكان الفرق بين المقامين من جهة النص والفتاوى اما النص فلان مورده النهي عن أنهام من ائتمنه فالخطاب انما توجه للذي دفع اليه المال بعنوان وكالة أو وديعة أو عارية لا لمن كان عنده مال لغيره بعنوان ولاية أو وصاية أو نحو ذلك وأما الفتاوى فلانه يأتي عن المبسوط وغيره ان كل أمين ادعى رد الامانة على من لم يأتمنه وأنكر المدعى عليه كان القول قوله بيمينه كما يأتي الكلام فيه قريبا (وكيف كان) فقد عرفت ان استناد الاصحاب في الباب الى انه أمين في المسألة وغيرها وفي باب الوديعة وغيرها انما هو استناد الى الاخبار التي أشرنا اليها آنفا وذكرناها كما ذكروها في باب الوديعة والاجارة وغيرهما فما تحذلق به صاحب الحدائق بقوله انهم غفلوا عن ملاحظة هذه الاخبار ولم يطلعوا عليها مكررا ذلك غفلة منه وعدم معرفة أو عدم اطلاع على كلام الاصحاب وكيف لا يطلعون عليها وهم لا يزالون يستدلون بها ومنهم وصلت اليه وأيم الله ان أمر هذا الرجل لعجيب وما أحراه بقول الشاعر

وابن اللبون اذا ما لز في قرن ... لم يستطع صولة البزل القناعيس

﴿ قوله ﴾ (ولو انكر الوكيل قبض المال ثم ثبت ببينة أو اعتراف فادعى الرد أو التلف لم تسمع بينته) كما أطلق كذلك في التذكرة والتحرير وكذا جامع المقاصد لانه كذبها بجحوده فان قوله ما قبضت يتضمن أنه لم يرد شيئا وقد تقدم المصنف في باب الوديعة أنه لو جحدها فاقيمت البينة عليه فادعى الرد أو التلف من قبل فان كانت صيغة جحوده انكار أصل الوديعة لم يقبل قوله بغير بينة ولا معها على الاقوى لتناقض كلامه وقد حكينا ذلك هناك عن الشيخ والمحقق والشهيدين والمحقق الثاني وحكينا في مضاربة الكتاب عن الشرائع والتذكرة والتحرير والمسالك والكفاية أنه لو انكر الوديعة والقراض ثم ادعى التلف بعد الاقرار أو البينة ضمن ولم تقبل دعواه وحكينا في باب الوديعة أيضا كلامهم في هذا الباب وقلنا هناك أنه قال في الارشاد في الباب أنه ان ادعى تلفا أو ردا قبل الجحود لم يقبل قوله ولم تسمع بينته لعدم سماع دعواه ومعناه لانه أكذب دعواه بالجحود وكل من أكذب دعواه لم تسمع بينته وقال ولو ادعى الرد بعد الجحود سمعت دعواه ولا يصدق لخيانته وتسمع بينته (وقال في جامع المقاصد) أنه لا يخلو عن قوة لعدم التنافي وغايته أن يكون بالجحود غاصبا فاذا رجع الى الاعتراف أوقامت به البينة فادعى الرد بعد الجحود لم يكن مكذبا لبينته والالزم أنه لو اعترف بالقبض ثم ادعى تجدد التلف لا تسمع دعواه وهو باطل انتهى ولم يتضح لنا الفرق لانه في الموضعين أكذب دعواه بالجحود ولعله لذلك فهم مولانا المقدس الاردبيلي من قوله في الارشاد لو ادعى الرد بعد الجحود انه

ويقبل قول الوصي في الانفاق بالمعروف لا في تسليم المال الى الموصى له وكذا الاب والجد له والحاكم وأمينه لو انكر الصبي بعد رشده التسليم اليه والشريك والمضارب ومن حصلت في يده ضالة (متن)

قال قبضت بعد ذلك الزمان الذي انكرت القبض فيه ورددته اليك وكان ذلك يمكن عادة تسمع بينته ودعواه لانه ماصدر منه ما ينافيه ويكذبه وهو معنى صحيح لكن فيه نظراً من وجهين (الاول) أنه خلاف ما صرح به أول من احتمله وهم أكثر الشافعية كما في جامع المقاصد (والثاني) ان قوله لخيانته ينافيه لأنه حينئذ ليس بخائن (الا أن تقول) أنه خان حيث قبض المبيع وما قبض الثمن فينبغي أن تفرض المسئلة في أنه سلم المبيع أولا فليتأمل في ذلك وقد حكينا في باب الوديعة عن المبسوط أنه حكى تفصيلا عن قوم وقوى به هو واختاره في التذكرة وهو أنه ان شهدت بينته بالتلف بعد انكاره وجحده لم تسمع وان شهدت بالتلف قبل الانكار سمعت لان الوديعة الى حين تلفها كانت على امانته وطريان الجحود لا يقدح في أمانته ولعله عكس تفصيل الارشاد وحكينا عن أبي علي ان دعواه التلف تسمع من غير بينة فاذا حلف سقط الضمان لان الكاره يجوز أن يكون عن سهو ونسيان وورده في المختلف بأن انكاره مكذب لدعواه ولم يدع النسيان وان ادعاه وكان من التأمل الممكن سمع وقضيته أنه ان أظهر لانكاره تأويلا ممكنا قبل كما صرح به الشهيد في الوديعة وكذا المحقق الثاني والمقدس الاردبيلي في الباب هذا (وقال في الارشاد) أنه لو ادعى التلف بعد الجحود قبل قوله مع يمينه ليبرىء من رد عين الثمن ولكنه لما كان خائنا لزمه الضمان فيؤدى المثل أو القيمة وان كان قوله مقبولا في دعوى التلف لكن ذلك مع عدم ظهور خيانته ووافقه على ذلك الكركي والاردبيلي ﴿ قوله ﴾ ﴿ ويقبل قول الوصي في الانفاق بالمعروف ﴾ كما في المبسوط والشرائع والتذكرة والتحرير وجامع المقاصد والمسالك والكفاية وحجر الكتاب والايضاح وفي الاخير أنه لا شك في ذلك لعسر اقامة البينة في كل وقت ولا فرق بين كونه عليه نفسه أو على دوابه أو عقاره كما في حجر الكتاب وغيره وفيه وفي غيره أيضا أنه لا فرق بين الانفاق والبيع للمصلحة والقرض لها والتلف من غير تفريط كما أنه لا فرق في ذلك بين الوصي وغيره من الاولياء والشريك وعامل المضاربة ومن حصل في يده ضالة فانفق عليها وتمام الكلام فى المسئلة وأطرافها والفرق بين بيع الاب أو الجد عقاره وبين بيع الوصي وأمين الحاكم في باب الحجر والمراد بالمعروف الانفاق المأمور به شرعا الخالي عن الاسراف ﴿ قوله ﴾ ﴿ لا في تسليم المال الى الموصى له وكذا الاب والجد له والحاكم وأمينه لو انكر الصبي بعد رشده التسليم اليه والشريك والمضارب ومن حصل في يده ضالة ﴾ كما صرح بذلك كله في المبسوط والشرائع والتذكرة والتحرير وجامع المقاصد والمسالك وكذا الكفاية فان أحدا من هؤلاء اذا ادعى تسليم المال فانه يكلف بالبينة وفي (المسالك) ان ظاهرهم عدم الخلاف في تقديم قول الموصى له واليتيم في عدم القبض قلت هذا ما اشرنا اليه آنفا وقد تقدم التنبيه على ذلك في باب الحجر (قال في المبسوط) ان الضابط في ذلك ان كل أمين ادعى رد الامانة على من لم يأتمنه وانكر ذلك المدعى عليه كان القول قوله فيه مثل المستودع يدعي الرد على ورثة المودع والملتقط يدعي رد اللقطة على صاحبها أو وارثه والاب والجد والحاكم وأمينه والشريك أو المضارب اذا ادعى رد المال على ورثة صاحب المال وكل من حصل في يده مال لغيره لان جميع

(الخامس) ان يختلفا في التلف فلو ادعى الوكيل تلف المال أو تلف الثمن الذي قبضه فكذبه الموكل قدم قول الوكيل مع اليمين وكذا الاب والجد والحاكم وأمينه وكل من في يده امانة ولا فرق بين السبب الظاهر والخفي ولو قال بعد تسليم المبيع قبضت الثمن ثم تلف في يدي قدم قوله لان الموكل يجعله خائنا بالتسليم بعد الاستيفاء ولو ظهر في المبيع عيب رده

هؤلاء يدعون رد المال على من لم يأتمنهم عليه وتمام الكلام في باب الوديعة ﴿ قوله ﴾ (الخامس أن يختلفا في التلف فلو ادعى الوكيل تلف المال أو تلف الثمن الذي قبضه فكذبه الموكل قدم قول الوكيل مع اليمين) كما في المبسوط والجامع والشرائع والنافع والتذكرة والتحرير والارشاد واللمعة وجامع المقاصد والمسالك والروضة ومجمع البرهان والكفاية وفي (مجمع البرهان) انه المشهور وفي (الكفاية) نسبته الى الاصحاب وفي (المسالك) الاجماع عليه وقد حكي في مجمع البرهان وغيره عن جامع المقاصد ولم أجده ذكره في المسئلة لكنه ذكر في اول المطلب الرابع انه يلوح من كلامهم انه لا خلاف في ذلك بين علماء الاسلام وقد أوضحناه هناك وأزلنا عن مولانا الاردبيلي الاشكال بل قال هو هناك انه يشم رائحة اجماع أصحابنا على ان القول قول الوكيل في دعوى التلف مطلقا مع احتمال تخصيصه بما اذا لم يكن جعل وكيف كان فالاصل في قبول قوله في التلف مع الجعل وبدونه الاجماع المحكي في المبسوط والسرائر وجامع المقاصد على انه في خصوص التلف أمين فيدخل تحت الاخبار الناهية عن اتهامه وقد يتعذر عليه اقامة البينة على التلف فتمنع منه الشارع بقوله وبذلك يخصص الاصل وعموم الخبر كما سمعت فيما مر مضافا الى الاجماعات والشهرات التي تقدمت في الوديعة ومن العجيب انه قال في الحدائق هذا الاجماع المدعى ان كان على التلف خاصة فان أحداً لم يدعه وقد سمعت دعواه من جماعة ثم انا لم نعثر هنا على مخالف أصلا مع ان الشيخ في وديعة المبسوط لم يقبل قوله وقول الودعي اذا ادعى التلف بامر ظاهر الا بالبينة مع انه هنا صرح بعدم الفرق بين كون التلف بامر ظاهر أو باطن وقد حكينا هناك عن الصدوق في المقنع والشيخ في النهاية والطوسي في الوسيلة أنه يقبل قوله بدون يمين (وقال في الفقيه) مضى مشايخنا رضي الله تعالى عنهم على ذلك وحكينا عن أبي علي وأبي الصلاح أنه لا يمين عليه الامع التهمة الا أن تقول أن الودعي مزية خاصة لكن بعض ماذكرناه في ادلتهم مما يتناول المقام وتمام الكلام هناك ﴿ قوله ﴾ (وكذا الاب والجد والحاكم وأمينه وكل من في يده امانة) يريد ان كل أمين يدعي التلف فانه يقدم قوله مع اليمين كما صرح بذلك كله في المبسوط والتذكرة والتحرير وجامع المقاصد وقد مثل في المبسوط بالاربعة المذكورة والشريك والمضارب والمرتهن والملتقط والمودع والاجير المشترك حتى أنه ذكر المستام وقد تقدم فيه الكلام ﴿ قوله ﴾ (ولا فرق بين السبب الظاهر والخفي) كما في المبسوط والتذكرة والتحرير واللمعة وجامع المقاصد والروضة والمسالك وهو قضية اطلاق الباقين وظاهر المسالك الاجماع عليه حيث قال عندنا وقد قال في باب الوديعة انه المشهور وحكينا في باب الوديعة الاجماع عن التذكرة ونفي الخلاف عن مجمع البرهان وأنه قد رمى خلاف الشيخ هناك في التلف بالامر الظاهر بالشذوذ ﴿ قوله ﴾ (ولو قال بعد تسليم المبيع قبضت الثمن وتلف في يدي قدم قوله لان الموكل يجعله خائنا بالتسليم قبل الاستيفاء) قد تقدم الكلام فيه عند الكلام على الاختلاف في التصرف ﴿ قوله ﴾ (ولو ظهر في المبيع عيب رده على الوكيل دون الموكل

على الوكيل دون الموكل لانه لم يثبت وصول الثمن اليه والاقرب رده على الموكل ولو قال قبله قدم قول الموكل لان الاصل بقاء حقه (متن)

لانه لم يثبت وصول الثمن اليه والاقرب رده على الموكل ﴾ القول الاول وتعليله للشيخ في المبسوط وقد رميا بالضعف في الايضاح وجامع المقاصد والمسالك لان البائع في الحقيقة هو الموكل ووصول الثمن اليه وعدمه لامدخل له في هذا الحكم أصلا بل في جامع المقاصد والمسالك أنه لايجوز رده على الوكيل لانه ينعزل بالبيع ان لم يكن وكيلا في قبض المبيع على تقدير رده بالعيب وفي (الايضاح وجامع المقاصد والمسالك) ان موضع الخلاف ما اذا علم كونه وكيلا كما يرشد اليه التعليل وقد قرب المصنف رده على الموكل وفي (الايضاح) أنه اصح وفي (المسالك) أنه اقوى وفي (الشرائع) لو قيل به كان أشبه وفي (التحرير) لو قيل به كان اقرب هذا كلامهم والذي أراه انهم جميعا لم يحرروا كلام المبسوط ولئن حرره المحقق والمصنف في التحرير حيث قالا ولو قيل فمن المعلوم ان ولد المصنف والمحقق الثاني والشهيد الثاني لم يحرروه بل لم يلحظوه حيث رموا دليله بالضعف واستنبطوا من التعليل ان موضع الخلاف ما اذا علم كونه وكيلا اذ لولحظوا المبسوط لعلموا أنه صريحه والذي في المبسوط على ماحصلته من النسخة التي عندي لان كانت كثيرة الغلط وان عندي نسختين منه في الباب لكن لم يكن عندي في خصوص هذا المقام الذي هو آخر هذا الباب الا النسخة الكثيرة الغلط اذا وكل رجلا في بيع ماله وقبض ثمنه فادعى انه قبض الثمن وتلف في يده أو دفعه اليه وصدقه المشتري على ذلك وقال الموكل ماقبضه الوكيل كان القول قول الوكيل على أصح الوجهين فاذا حلف برىء فاذا وجد المشتري بالمبيع عيبا كان له رده بالعيب فان أقام البينة على أنه دفع ثمنه الى الموكل أو الوكيل كان له رد المبيع على ايهما شاء ومطالبته بالثمن وان لم يكن بينة لم يكن له مطالبة الموكل بالثمن ورد المبيع عليه لانه ماأقر بقبض الثمن منه وليس للوكيل مطالبة الموكل ويكون القول قول الموكل مع يمينه انه لايعلم انه قبض الثمن من المشتري فاذا حلف لم يكن له مطالبته الا ان يقيم بينة على مايدعيه من قبض الثمن من المشتري وتلفه في يده أو دفعه اليه انتهى ماحصلناه من كلامه وهو كلام قوي لابأس به لان الموكل اذا لم يقر بقبض الوكيل الثمن وحلف على عدم العلم بذلك كان عدم رجوع المشتري والوكيل عليه بالثمن لايخلو من قوة (قال في التذكرة) في المسئلة فاذا حلف الوكيل انه قبض وتلف الثمن في يده وقلنا ببراءة المشتري ثم وجد المشتري بالمبيع عيبا فان رد على الموكل وغرمه الثمن لم يكن له الرجوع على الوكيل لاعترافه بان الوكيل لم يأخذ شيئا وان رد على الوكيل وغرمه لم يرجع على الموكل والقول قوله مع يمينه في أنه لم يأخذ منه شيئا ولو خرج المبيع مستحقا رجع المشتري بالثمن على الوكيل لانه دفعه اليه ولا رجوع له على الموكل انتهى فقد جوز الرد على الوكيل وقال انه لايرجع على الموكل وجزم فيما اذا ظهر المبيع مستحقا بالرجوع بالثمن على الوكيل وانه لارجوع للمشتري على الموكل وليس في كلام المبسوط الا تخييره بالرجوع على ايهما شاء كما ان ذلك قضية كلام التذكرة والامر فيه أي التخيير في كلام المبسوط هين والتأويل قريب ممكن ولا بد من مراجعة نسخة أخرى ليتضح الحال ولايخفى مافي كلام التذكرة من التأمل وما حكيناه عنها موجود في نسختين منها ﴿ قوله ﴾ ﴿ ولو قال قبله قدم قول الموكل لان الاصل بقاء حقه ﴾ أي لو قال الوكيل قبل تسليم المبيع قبضت الثمن وتلف في يدي قدم قول الموكل لان الاصل عدم القبض و بقاء حق الموكل عند المشتري وانما

ولو أقر بقبض الدين من الغريم قدم قول الموكل على اشكال (السادس) لو اختلفا في التفريط والتعدي فالقول قول الوكيل (متن)

يقدم قول الوكيل في التلف اذا ثبت وصول المال إليه الى غير ذلك مما تقدم عند الكلام على الاختلاف في التصرف ﴿ قوله ﴾ (ولو أقر بقبض الدين من الغريم قدم قول الموكل على اشكال) من ان الاختلاف في فعل الوكيل وأنه أمين ومن اصالة بقاء حق الموكل عند الغريم كما تقدم بيان ذلك والفرق بينه و بين ما قبله ❊ والحمد لله كما هو أهله أولا وآخراً وظاهراً وباطنا والصلوة والسلام على خير خلقه أجمعين محمد وآله الطاهرين المعصومين وقد من الله سبحانه بفضله واحسانه وبركة محمد وآله صلى الله عليه وآله لاتمام هذا الجزء من كتاب مفتاح الكرامة بعد انتصاف الليل من الليلة التاسعة من شهر رمضان المبارك سنة الف ومائتين وخمس وعشرين على يد مصنفه الاقل الاذل محمد الجواد الحسيني الحسني الموسوي العاملي عامله الله سبحانه وتعالى بلطفه وفضله ورحمته وكان مع تشويش البال واختلال الحال وقد أحاطت الاعراب من عنيزة القائلين بمقالة الوهابي الخارجي بالنجف الاشرف ومشهد الحسين عليه السلام وقد قطعوا الطرق ونهبوا زوار الحسين عليه السلام بعد منصرفهم من زيارة نصف شعبان وقتلوا منهم جماعة غفيرا واكثر القتلى من العجم وربما قيل انهم مائة وخمسين وقيل أقل وبقي جملة من زوار العرب في الحلة ما قدروا أن يأتوا الى النجف الاشرف فبعضهم صام في الحلة وبعضهم مضى الى الحسكة ونحن الآن كأنا في حصار والاعراب الى الآن ماانصرفوا وهم من الكوفة الى مشهد الحسين عليه السلام بفرسخين أو أكثر على ماقيل والخزاعل متخاذلون مختلفون كما أن آل بعيج وآل جشم يتقاتلون كما ان والي بغداد جاءه والي آخر وأنه معزول وهما الآن يتقاتلان وقد غمت علينا أخبارهما لانقطاع الطرق وبذلك طمعت عنزة في الاقامة في هذه الاطراف ولا قوة الا بالله العلي العظيم والحمد لله رب العالمين وصلى الله على سيدنا محمد وآله الطاهرين ورضي الله تبارك وتعالى عن علمائنا أجمعين وحشرهم (وجعلهم خ ل) في اعلا جنان النعيم

هذا آخر كلام المصنف قدس الله روحه وبه تم كتاب الاجارة وتوابعها الى آخر الوكالة

(ويليه كتاب الوقوف والعطايا) لانه قدس سره لم يكتب شرحا على السبق

والرماية وقد عنى بتصحيحه قبل الطبع وبعده ووضع له الفهرست وجدول

الخطأ والصواب العبد الفقير الى عفو ربه الغني محسن بن المرحوم السيد

عبد الكريم الحسيني العاملي نزيل دمشق الشام غفر الله له ولوالديه

سائلا ممن نظر فيه الدعاء بالخير له ولوالديه ولمن سعى في طبعه

أوأعان عليه ولجميع المؤمنين وكان الفراغ من طبعه في

٢٤ من شهر ربيع الاول سنة ١٣٢٧ من الهجرة

المحمدية بمطبعة الشورى بالفجالة القاهرة بمصر

والحمد لله وصلى الله على نبيه وآله

وأصحابه وسلم تسليما

آمين

﴿ بيان الخطأ الواقع في الجزء السابع من كتاب مفتاح الكرامة مع صوابه ﴾

المشتمل على « إحياء الموات » و « الاجارة » و « المزارعة » و « المساقاة » و « الشركة » و « القراض » و « الوكالة »

ليعلم ان هذا الجزء بتمامه قد طبع عن نسخة مصححة ولكنه وقع فيه أغلاط بعضها من النسخة وبعضها حالة الطبع فقابلناه بعد الطبع من أوله الى آخر المساقاة على نسخة ثانية غير المطبوع عنها ومن أول الشركة الى آخر القراض على نسخة الاصل التي بخط الشارح « قدس سره » وقابلنا الوكالة على النسخة المطبوع عنها التي لا نضمن صحتها وان كانت مصححة لعدم تيسر غيرها ووضعنا هذا الجدول لمعرفة الصواب فالنمرة الاولى للصفحة والثانية للسطر ويفصل بينهما نجمة والكلمة الاولى أو أكثر الغلط والكلمة الثانية أو أكثر الصواب ويفصل بينهما نقطة فان كان بجنب الكلمة الثانية هكذا « ظ » فهو علامة على ان الظاهر انها الصواب وان كان بجنبها هكذا (خ ل) فهو علامة على انها نسخة بدل عن الاولى فان كان بجنبها هكذا (خ) فهو علامة على وجودها في بعض النسخ دون بعض وبقيت أغلاط يسيرة لا تخفى على المطالع لم ننبه عليها حبا بالاختصار

٢ * ١٦ الموت . الموات ٢ * ٢٥ الاولية . الاولوية ٣ * ٣ وجود . وورود خ ل ٣ * ٦ الموت . الموات ٣ * ٢٤ والاواضي . الاراضي ٣ * ٢٥ فال . فالي ٣ * ٣٠ أنها . على أنهما ٤ * ٢١ وبملك . وبملك كله ٤ * ٢٦ وفي المبسوط . والمبسوط ٤ * ٣٠ الذكرى . التذكرة ٥ * ٢٣ برضام . برضاه ٥ * ٢٤ شبهه . بشبهه ٥ * ٣٠ أم . أم يجوز له ٦ * ١ اندوشت . اندرست ٦ * ٢٠ بنيان . بنيان ٧ * ٢١ الاستيلاء . استيلاء المسلمين ٨ * ٢٥ العامرة . العامرة ٨ * ٣٠ احياء . احيائه ٩ * ٢٨ وظهور . وظهوراً ١٠ * ١٦ ابن عبد البراء . كذا في نسختين وفي نسخة ابن البراء وفي التذكرة ابن عبد البر وكان الصحيح ابن عبد البر أو ابن البراء (مصححه) ١٠ * ٢٠ ابن البراء . قدمر اختلاف النسخ (مصححه) ١٠ * ٣٠ أيضا . ارضا ١١ * ١١ متعضد . متعضداً ١١ * ١٧ لجائت . جائت ١١ * ١٨ من ادلة الاصحاب وصحيحة (ومن أدلة الاصحاب صحيحة خ ل) . ومن أدلة الاصحاب صحيحة ١١ * ٢٦ ملكهما . ملكها ١٣ * ٢ لموت . الموات ١٣ * ٢٠ وفاته . فاته ١٣ * ٢٦ يقضي . يقضي ١٣ * ٢٨ الممور . المعمور ١٤ * ٣ سبب . بسبب خ ل ١٤ * ٤ نبه . نبه عليه ١٤ * ٣١ لصالحه . بمصالحه ١٥ * ٢٤ له . لها ١٦ * ١ قرور الصلح . قرو البلد بالصلح ١٦ * ٨ اثبت . ثبت ١٦ * ١٦ الثالث . الثابت ١٦ * ١٩ عبر . عبر عنه ١٨ * ٤ أخص . اخصر ١٨ * ٦ نادر . نادراً ١٩ * ٢ النبي . النهر ١٩ * ٣٠ اللازم . اللازم ١٩ * ١١ الناضح . الناضح الى بئر الناضح ١٩ * ١٣ ليسوق . ليسرق خ ل ١٩ * ١٥ المدروس . المدروس ١٩ * ١٨ مانم . مانع . تابع خ ل ١٩ * ٢٦ الساده . أماره ١٩ * ٢٧ لهذا . لمنه ١٩ * ٣٢ وعشرون . وعشرون قراطا ٢٠ * ٦ الطريه . الحرثه ٢٠ * ١٣ لهذا . لمنه ٢٠ * ١٤ الاجاع . جماعة ٢٠ * ٣١ بالواد . بالواو ٢٠ * ٣١ نسخة . نسختين ٢١ * ٢٢ الآية . الآنه ٢٢ * ٣ الحيطان . بالحيطان ٢٢ * ٧ تقيده . تقييده ٢٣ * ٧ مثال . مثل ٢٣ * ١٤ الضررا . الضرر ٢٣ * ١٥ لها . بها خ ل ٢٥ * ٢٣ في . نفي ٢٦ * ٩ خاصه . خاصه به ٢٦ * ١٩ التحيير . التحجير ٢٦ * ٢٩ تم . يتم ٢٧ * ١٢ احياؤه . احيائه ٢٨ * ٧ تبطل . قيل تبطل ٢٩ * ٣ اليمين . اليمن ٣٠ * ١٠ فتوقف . فتوقف ٣١ * ٧ سند . بسند ٣١ *

٧ والرعي • والمرعى ٣١ * ٢٢ والامام • أو الامام ٣١ * ٢٥ الصرحة • الصريحة ٣٢ * ١٧ وأظهرها
وأظهرها ٣٢ * ٢٥ يحكم • بحكم ٣٣ * ١٦ هدى • هدر ٣٣ * ٢٣ لا لايل • لايل ٣٣ * ٢٥ الى •
الى ما في « ظ » ٣٤ * ٢٠ وكان • وكأنه ٣٥ * ٢٢ وغيرها • وغيرها ٣٥ * ٢٥ النوا • القوا ٣٨ *
٢٣ نسبه • ينسبه ٣٩ * ٢ السكن • السكني ٣٩ * ١٥ تاو • أني تأو ٣٩ * ٢٤ الأحياء • بالاحياء
٤٠ * ٤ مال • طال ٤٠ * ٥ وقضيته • وقضية ٤٠ * ٦ الوقوف • الواقف ٤٠ * ١١ فاصل • فصل
٤١ * ٦ مشكل • يشكل ٤١ * ٢٩ وقد • قد ٤٢ * ١٣ والمبسوط • وفي المبسوط ٤٢ * ١٤ لما •
بها ٤٢ * ٢٨ واما • وانما ٤٢ * ٣١ بران • بوان ٤٣ * ١٤ تمكين • عكوف ٤٣ * ١٦ ولعل • لعل
٤٣ * ٢٤ وفي • في ٤٤ * ٣ وجب • وجبت ٤٤ * ٧ وبها • له وجهها ٤٤ * ١٠ القران • القرات
٤٤ * ١٠ شرعة • مشرطة ٤٥ * ٢ لا تظهر • تظهر ٤٥ * ١٤ هنا • هذه ٤٦ * ٤ وكان • فكان
٤٦ * ٧ بلوغ • وهو بلوغ « ظ » ٤٦ * ٢١ أيضا • هنا ٤٦ * ٢١ فيها • فيما ٤٦ * ٢٥ يملك •
بملكه ٤٦ * ٢٧ وستسمعه • ستسمعه ٤٧ * ١١ فرق • فرق عندنا ٤٧ * ٢٨ في • في مثل ٤٩ * ٦
الثالث • الناصب ٤٩ * ١٩ تقدم • تقدم انه لنا جوابان لنقلي وحكي أما الاول فقد تقدم ٥٠ * ٣٠
قال • فلا ٥٢ * ٢٢ التذكرة • والتذكرة ٥٤ * ٥ ان • ان قصد ٥٤ * ٧ لاني • الاني ٥٤ * ١٩ يحفر
يحفر ٥٤ * ٢٦ في ذلك • في ٥٤ * ٢٨ وقال • وقالا ٥٥ * ٧ ايفقوا • اتفقوا ٥٥ * ١٩ لها • بها
٥٦ * ٢٧ ارض • ارضا ٥٧ * ١٠ الا • الى ٥٨ * ٤ فمايكون • فيما يكون ٥٨ * ٢٣ الحسن ابن • الحسن
ابن ٥٨ * ٢٦ دوسه • دروسه ٥٨ * ٢٧ والبرور • والبرهور ٥٨ * ٣١ مقصد • بمقصد ٥٩ * ٥ كلا • بكل
خ ل ٦٠ * ٤ بعد • بعدها ٦٠ * ١٥ حاجة • حاجته ٦١ * ٩ التمكن • التمكين (ظ) ٦١ * ١٤ احملنا •
احتملنا ٦١ * ٣٠ اليه في • اليه وفي ٦٣ * ١٠ وقد • قد ٦٣ * ١٧ السقية • السعه ٦٣ * ٢٢ التفريغ •
التفريع ٦٤ * ٢٥ بهذه • بهذا ٦٤ * ٢٧ طفى • طفى ٦٦ * ٢ والسعف • والسقف ٦٦ * ٣٠ فبناها •
فبناها بخص ٦٧ * ٧ عدا • عد ٦٧ * ١٣ وسير • مساوسير ٦٧ * ١٤ السرائر • السرائر هنا ٦٧ * ٣٠
الامصار الا • الامصار ٦٨ * ١٢ هيا آه • هيأه ٦٨ * ١٠ يحفرها فيه • يحفرها ٦٨ * ٢٢ والمراز •
والمرز خ ل ٧٠ * ١٣ مسعود • سعود ٧٢ * ١٣ وقال • وقالوا ٧٣ * ١٢ بالحوان • بالجواز ٧٣ * ١٣
خادم • خادم ٧٤ * ٢١ لايقتضي • لا تقتضي ٧٤ * ٢٤ والتحرز • والتجوز ٧٤ * ٢٧ شي • شيئا
٧٤ * ٢٨ الملك • لملك ٧٥ * ٣٠ ظاهرها • ظاهرها ٧٥ * ٣١ المبيع • البيع ٧٦ * ١٩ وبحوه •
وبحو ٧٦ * ١١ وعن • ومن ٧٦ * ١٢ خالف • خالفه (خ ل) ٧٦ * ١٥ حدث • حدث خوف
٧٦ * ٢٠ والروضه والروضه • والروضه ٧٧ * ٩ أو غيره • وغيره ٧٧ * ١٥ الآخر • الاخرى ٧٧
* ١٧ في أول • لحاول ٧٧ * ٣٣ على الثالث والثالث • والثالث ٧٨ * ٤ الاحتمالين * الاحتمالين
دليلا ٧٨ * ١٩ نم وما • ونم ما ٧٨ * ١٩ مما • بما ٧٨ * ٢٥ المؤجر • المؤجر ويكون ٨٠ * ٢
فيرجع • فيرجع المستأجر ٨٠ * ٩ اضعيفين • ضعيفين ٨٠ * ١٥ وأظهره • اظهره ٨٠ * ١٨
والروضه • في نسخة كما هنا وفي نسختين والروض والروضه (مصححه) ٨٠ * ٢٢ ملك • ملكه ٨٠
* ٣٠ و ٣١ نسختين • ثلاث نسخ ٨٠ * ٣١ والروضه والروضه • والروضه والروض ٨١ * ١٨ يجهل
• يجهل ٨١ * ٢٠ التوجيه • الوجيه ٨١ * ٢٤ المطلق • المطلقه ٨٢ * ١٩ صحتها • صحة ٨٣ * ٧
ما • مما ٨٣ * ١٥ والروض • كذا في جميع النسخ (مصححه) ٨٦ * ٨ في نحوى • من نحوى ٨٦

* ١٥ الثاوي . الى المساوى ٨٦ * ٢١ للغالبه . المغابنه ٨٧ * ٧ تقدم من تقدم. تقدم ٨٧ * ١٦
له . له الا ٨٧ * ١٧ هذا . هنا ٨٧ * ٢٦ وهو المحكي . والمحكي ٨٨ * ١٨ التبهه . التبيه ٨٩ *
٤ لم : ولم ٨٩ * ١٥ وهو صريح . وصريح ٨٩ * ٢٠ والتدليس . والتدليس ٩٠ * ٥ كلا . قد ٩٠
* ٢٧ المسى ; المسمى ٩٠ * ٢٧ لانه . انه ٩١ * ٥ المارضه . المعاوضه ٩١ * ٦ وانه . وانه قد ٩١
* ٩ الضرر . الضروره (خل) ٩١ * ١٥ وابن أبي . وابن أبي ليلي ٩٢ * ١٩ بادر . بادرالى ٩٣ * ٦
لم . وان لم ٩٤ * ١٢ البحث . المبحث ٩٤ * ١٥ ويوصف . ويوصف ٩٤ * ١٨ الضرر . الفرر ٩٤
* ٢٤ قال . انه قال ٩٥ * ٩ تبدوا . تبدو ٩٧ * ١٩ المسلم . السلم ٩٨ * ٤ منع . منع منه ٩٩ * ٢
يتخرج الصبي في الفتح . يتخير الصبي في الفسخ ٩٩ * ٣ موضعه . مرضعه ٩٩ * ٢٤ لان . لا ان
١٠٠ * ١٥ وباغماء الوصي . باغماء الموصي ١٠٠ * ٢٣ وهو . هو ١٠١ * ١٣ وهو . هو ١٠١ * ٣٠
الاشكال والارشاد . اشكال الارشاد ١٠٢ * ٦ استوفينا . استوفينا له ١٠٢ * ١٣ هنا . هنا قطعا
١٠٢ * ١٤ و١٥ البين . العين ١٠٢ * ١٥ الجهاله . الجهاله ١٠٣ * ٩ باليم . فيالبيع ١٠٣ * ١٧
النرر . الغرربالمشاهده ١٠٣ * ٢٨ والاختلاف . والاختلاف الموجبين ١٠٣ * ٣٠ لان . لان معنى
(ظ) ١٠٣ * ٣١ يكره . نكره ١٠٤ * ١١ النساء . النساء ١٠٤ * ١٦ التفرق . التفرقه ١٠٤ * ٢٨
الخبر . والخبر (ظ) ١٠٥ * ١٠ سلخه . يسلخه ١٠٥ * ١٦ والصوف . اوالصوف ١٠٦ * ١٤
يجب هذا . يجب الا بهذا ١٠٦ * ١٥ قاطن (قاطع ظ) . قاطف ١٠٦ * ٣٠ قد . وقد ١٠٦ * ٣١
اونسيئة . ونسيئة ١٠٧ * ١٣ يجري . مايجري ١٠٧ * ١٩ فكذاوكذا وزياده . فلك كذاوكذا
زياده ١٠٩ * ٣ فقال . يوما فقال ١٠٩ * ٤ وقد . وفه ١١٠ * ٣٣ قضيته . قضية ١١١ * ٦
يكون . بكون ١١١ * ١٢ بلفتك . بلفتكه ١١١ * ٢١ وقال . اوقال ١١١ * ٢٤ شي . شهر ١١٢
* ١ كلام المقنعه . كلامهما خل ١١٢ * ٢ يأتي لنا . كما يأتي لنا ١١٢ * ١١ فبحسابه . فبحسابه
كما يأتي ١١٢ * ٣٣ هو . وهو ١١٤ * ١٧ استلمت . اسلمت ١١٤ * ٣٠ مراد . مرادا ١١٥ * ١
و٦ اطلاق . الاطلاق ١١٥ * ١١ استيفاؤها . استيفائها ١١٥ * ٢٥ ونحوه ماقربه . وستسمع مايقربه
١١٥ * ٢٨ كلامهم . كلاتهم خل ١١٦ * ٢٧ وقضيته . وقضية ١١٧ * ٢ محلهما . محلها ١١٧ * ٢
استدل . استدل به ١١٧ * ٧ وظهور . وظواهر ١١٧ * ١٤ خالف . خالف من خالف ١١٨ * ١
فان . فاذا ١١٨ * ١ استقرالأجر . استقرت الاجره ١١٨ * ٤ المحقق ان . المحقق أنه ١١٨ * ٩
يستحق . يستحق التسليم الا ١١٨ * ٩ هذا . انما ١١٨ * ٣٠ أنه ان . انه ١١٩ * ١٢ سلم المستاجر
. سلم العين المستأجره ١١٩ * ٢٠ قال فيه . قال ١٢٠ * ٢ تجب . وتجب خل ١٢٠ * ١٥ دخلها . ادخلها
١٢٠ * ٣٢ في المقام . المقام ١٢١ * ٢ وان . ان ١٢١ * ٣ العين . العين اليه ١٢١ * ١٦ بذل . بذله
١٢١ * ٢٣ جرى . جرت ١٢١ * ٢٤ فانى . فابى أخذه ١٢٢ * ٨ حتى . التي ١٢٢ * ١١ يقضي .
يقتضي ١٢٢ * ٣١ الروض . الروضه ١٢٣ * ٢ اوكان . وكان ١٢٣ * ١٩ وفي . في ١٢٣ * ٢٥ والتقيح .
والتنقيح والمسالك ١٢٣ * ٢٦ وانه . والده ١٢٤ * ٢ عليه . عليها ١٢٤ * ١٦ في غيرهاهذا . فيهاهذا ١٢٥
* ٩ و٢٤ المعتز . المعزا ١٢٦ * ٣ بهذا المكان . بهذه المكانه ١٢٦ * ١٩ لا اكره . لا اكره ١٢٧ * ٥ لا اكره .
لا كره ١٢٧ * ١٠ ان . انا ١٢٧ * ١٣ ماكره . باكره ١٢٧ * ٢٠ كل . كله ١٢٨ * ٢٩ يؤاجرها . يواجرها
باكثر مما استأجرها ١٢٨ * ٣٢ كذا ولو . وكذا لو ١٢٩ * ١٠ فظاهر . وظاهر ١٢٩ * ١٢ ينبغي .

ينبغي له ١٢٩ * ١٤ الك ٠ ذلك ١٢٩ * ٢٧ سهل ٠ سهو ١٢٩ * ٢٩ والمصائم ٠ والصانع ١٣١ * ١ أ
اي الدار لذلك ٠ لذلك اي الدار ١٣١ * ١٦ من علم ٠ مع علم ١٣١ * ٢٥ أنه ٠ لأنه ١٣٢ * ٢٩
مقصودا ٠ مقصورا ١٣٢ * ٣٠ الاخير ٠ الاخير اعني العوض المعلوم ١٣٣ * ١٤ إشتمل ٠ اشتملا ١٣٣
* ٢٤ وان ٠ فان ١٣٦ * ١٠ واجيرا ٠ او اجيرا ١٣٦ * ١ اليه ٠ عليه ١٣٦ * ١٨ والعقد ٠ والنقل خ ل
١٣٦ * ١٩ الرقبة او لتخلله ٠ ليريقه او ليخلله ١٣٧ * ١ ام ٠ اما ١٣٨ * ١ وان ٠ فان ١٣٨ * ١٥ على ٠
من ١٣٩ * ٢٩ الدرهم ٠ الدراهم ١٤٠ * ١ والشمع ٠ او الشمع ١٤٠ * ٣ اموالهم ٠ اموالا ١٤٠ * ١٣
الفرق ٠ العرف ١٤٠ * ١٦ اللازمه ٠ الملازمه ١٤٠ * ١٩ لما ٠ لما ١٤١ * ٣ عليه ٠ عليها خ ل ١٤١ * ٤
لنتاجها ٠ الشاة لنتاجها ١٤١ * ١٥ تعرضوا ٠ تعرضوا له ١٤١ * ١٩ تدعوا ٠ تدعو ١٤٢ * ٨ ارادات
بقطع ٠ اراد ان يقطع ١٤٣ * ١٤ حجرها ٠ حجرها ووضع الثدي ١٤٣ * ١٤ كثيرة ٠ كثيرة القيمة
اثنى ١٤٤ * ٨ رتحمل ٠ يتحمله ١٤٤ * ١٦ بالفرض ٠ بالغرض ١٤٤ * ٢٧ بعدم الكراهيه هنا
وجامع (في جامع خ ل) الشرائع ٠ بالكراهيه هنا في جامع الشرائع ١٤٥ * ٦ قصدت ٠ قصد ١٤٥
* ١٣ بالاستحقاق ٠ بالانسحاق ١٤٥ * ١٧ الاخرين ٠ الاخيرين ١٤٥ * ٢٦ الاول ٠ لاول ١٤٦
* ١ ارضا ٠ الارض ١٤٦ * ٣ او ٠ وان ١٤٦ * ٥ هو في ٠ هو ١٤٦ * ٩ طاسة ٠ طاسته ١٤٦ *
١٤ كان في ٠ كان ١٤٦ * ١٩ غير قصد ٠ قصد غير ١٤٦ * ٢٣ بنفيه ٠ بنفيه بل علم المستأجر كاف
١٤٦ * ٢٩ لا تعين ٠ لا تعين بالتعيين ١٤٧ * ٩ ربح ٠ ربح ١٤٧ * ١٤ فسخهما فسخها ١٤٧ *
٣١ او يفهم ٠ ويفهم ١٤٨ * ١١ المصنف ٠ وقوى المصنف ١٤٨ * ٢٧ الوجه ٠ الوجه ١٤٩ * ٣١
استندوا ٠ استند ١٥٠ * ١٦ في كل ٠ في ١٥٠ * ٢٨ بالزمان ٠ اما بالزمان ١٥٠ * ٣٢ مضبوط
٠ مضبوطة ١٥١ * ٦ افتقر ٠ والا افتقر ١٥١ * ١١ والمسافه ٠ او المسافه ١٥٣ * ٢١ القبض ٠ القبض او
عقيب القبض ١٥٤ * ٢ غير ٠ الى غير ١٥٤ * ٦ من وضع ٠ كوضع ١٥٤ * ١٥ الواحد ٠ واحد ١٥٤ * ١٥
و ١٨ اعاد ٠ اعاده ١٥٤ * ٢٠ وان ٠ واما ان ١٥٤ * ٣٢ اوهي ٠ او ١٥٥ * ٨ الا ٠ بما ١٥٧ * ٩ تلف ، اتلف
١٥٧ * ٢٧ اذا ٠ اذ ١٥٨ * ٢٧ وهو ٠ وهي ١٥٩ * ١٨ وغصب وغصبت ١٦٠ * ١٦ والرجوع
٠ وبالرجوع ١٦٠ * ٢٧ فيه ٠ فيه اي الثلج والخوف ١٦٠ * ٢٨ شده ضعيف ٠ شدة ضعف ١٦١
* ٧ اضرار ٠ اضرارا ١٦١ * ٢٩ تردده ٠ متردد ١٦٢ * ١٥ لهم ٠ له ١٦٢ * ٢٠ ولا ٠ اولا ١٦٢
* ٢٨ الضرور ٠ الضروره ١٦٥ * ١٩ من ٠ ومن ١٦٥ * ٢٨ صحة ٠ علم صحة ١٦٦ * ٦ علله ٠
عزله ١٦٦ * ٢٠ يستفاد ٠ مستفاد خ ل ١٦٦ * ٢٧ تسليمه ٠ تسليم ١٦٩ * ٣٠ ف الوكاله ٠ وفي الوكاله خ ل
١٦٧ * ١ بشرط ٠ يشترط ١٦٧ * ١٨ ممن ٠ مما ١٦٧ * ١٩ حر ٠ من حر خ ل ١٦٧ * ٢٥ او ظاهرا ٠ وظاهرا
١٦٨ * ١٤ باقترانهما ٠ باقترانها ١٦٩ * ٣ والا ٠ ولا ١٦٩ * ٧ جائز ٠ امر جائز ١٦٩ * ٣٠ هناك ٠ هنا
١٧٠ * ٢٣ العجز ٠ المعجز « ظ » ١٧١ * ١٣ تقول ٠ يقول ١٧١ * ٢٥ العمل ٠ او العمل ١٧١ *
٢٨ لا ٠ ولا ١٧٢ * ١٢ وف المبسوط ٠ والمبسوط ١٧٤ * ٢١ اجارته ٠ اجارته ١٧٤ * ٢٤ وهو ٠
وهل ١٧٤ * ٢٦ اراد ٠ اراد به ١٧٥ * ٦ والا ٠ ولا ١٧٥ * ١٩ فيها ٠ فيهما ١٧٥ * ٢٦ واحد
٠ واحدا ١٧٦ * ٦ الثاني ٠ الثالث خ ل ١٧٦ * ١٩ لانه ٠ لانها ظ ١٧٨ * ٧ ولا ٠ وكان ١٧٨ * ٢٧ الزمان
٠ الزمان قبله ١٧٩ * ١٥ هذا ٠ هذا يمكن ١٧٩ * ٢٣ وستشكل ٠ واستشكل ١٨٠ * ٣ والاول ٠ الاول
١٨٠ * ١٣ هنا ٠ هناك خ ل ١٨١ * ٢ لاحدهن ٠ لاحدهن ١٨١ * ٥ جاز ٠ جار ١٨١ * ٦ يقع ٠ يقع العقد

١٨٣ * ٢٤ بالاداب ٠ بالآداب ١٨٤ * ٢٢ ممن ٠ بمن ١٨٥ * ٩ عنله ٠ علته ١٨٥ * ١٠ الفور ٠ الفرر ١٨٦
* ٢٠ المحفور ٠ من المحفور ١٨٧ * ١ يلزم ٠ يلزمه ١٨٧ * ٢٤ نسبته ٠ نسبة ١٨٨ * ١٩ وانتهى ٠ انتهى ١٨٩ * ٧
المبض ٠ البعض ١٩٠ * ٧ بعمل ٠ بالعمل ١٩٠ * ١٦ بالعمل ٠ بالعمل وجب ١٩٠ * ٢٠ به ظاهر ٠ وظاهر
١٩٠ * ٢٠ ولا ٠ بلا ١٩١ * ٢٩ عبادتة ٠ عبادته ١٩٢ * ٢٠ واحتملنا ٠ وان احتملنا خل ١٩٢ * ٣٠ ذلك ٠
ذلك في باب المكاسب ١٩٢ * ٣٣ الصور ٠ السور ١٩٣ * ١٣ والسور ٠ والسوره ١٩٤ * ٢٢ او اقباضا ٠
واقباضا ١٩٤ * ٢٤ البعض ٠ على البعض ١٩٤ * ٢٩ حمظها ٠ حفظها ١٩٤ * ٣١ عند ٠ عنه ١٩٥ * ٢٢
لتكملها ٠ لتكميلها ١٩٦ * ٦ تسبية ٠ تسميه ١٩٦ * ٦ والكتاني ٠ الكتاني ١٩٦ * ١٦ والمكان ٠ لمكان ١٩٦
* ٢٩ فيا ٠ فيما ١٩٧ * ١ وهل يجوز على تعليم الفقه الوجه المنع مع الوجوب والجواز لا معه وعلى ٠ وعلى
١٩٧ * ٢٠ الدينه ٠ الدنيه ١٩٧ * ٢٢ الدينيه ٠ الدنيه ١٩٧ * ٢٢ لان ٠ لانه ١٩٩ * ٢ اجرة ٠ اجره ١٩٩ * ٥
الاجير ٠ الاجر ١٩٩ * ٨ تدعوا ٠ تدعو ٢٠٠ * ٧ تشخيص ٠ وتشخيص ٢٠٠ * ١٨ تعيين ٠ تعيينه خل ٢٠٠
* ٣٠ معقود ٠ معقودا ٢٠١ * ٥ المده ٠ مده ٢٠١ * ١٠ كفى ٠ يكفي ٢٠١ * ١٧ قوله ٠ قول ظ ٢٠١ * ٣٠
والفرض ٠ والقرض ٢٠٢ * ١ الابل والبقر ٠ البقر والابل ٢٠٢ * ١٧ من ٠ على ٢٠٣ * ١٠ من ٠ من تعيين
٢٠٣ * ٢٠ استأجره ٠ استأجر خل ٢٠٣ * ٢٧ الوالي ٠ الولي ٢٠٤ * ٩ صحت ٠ صحة ٢٠٥ * ٢٤ بما ٠ ما
٢٠٦ * ٢٤ اعهد ٠ عهد ٢٠٧ * ٢ او الذكوره ٠ والذكوره ٢٠٧ * ٨ والادوه ٠ والاداوه ٢٠٨ * ١١ السير ٠
السير ٢١١ * ٣٢ استأجر ٠ استأجرا ٢١٢ * ٩ استأجرها ٠ اذا استأجرها ٢١٢ * ٩ اجرها ٠ اجرها له ٢١٢ *
١٥ يقسمان ٠ يقتسمان ٢١٣ * ٥ وجوب الاخر الذي اشرنا اليه آنفا لكن فيـه ان تقدير الشرط بعد
ان يحتاج الى تجشم شديد وقال في جامع المقاصد ويمكن ان يريد وجوب الاجرة ٠ وجوب الاجرة ٢١٣ *
١٧ بالفرسخ ٠ بالفراسخ ٢١٥ * ١٠ تشاء ٠ شاء خ ل ٢١٨ * ١١ يقرب ٠ تقرب ٢٢٠ * ١٤ يركب ٠
ليركب ٢٢٠ * ١٥ ضرارا ٠ ضررا ٢٢٠ * ١٩ تشاء ٠ تشاء ولتزرعها ما تشاء ٢٢١ * ١ الى ٠ ولا الى ٢٢١ *
١٤ تعيينه ٠ تعينه ٢٢١ * ٢٣ فلك ٠ ذلك كله ٢٢٣ * ١٠ الثاني ٠ الثانية ٢٢٣ * ١٢ يقضي ٠ يقتضي
٢٢٦ * ٢٣ سبب ٠ بسبب ٢٢٨ * ١٢ وهو ٠ وهي ٢٢٨ * ١٣ أنه ٠ أنه ان ٢٢٨ * ١٨ كانت ٠ كانت
٢٣١ * ١٢ حقيقة ٠ حقيقته ٢٣١ * ١٤ أنه يعد ٠ أنه ٢٣١ * ١٧ منفعه ٠ منعه ٢٣١ * ١٩ القوه ٠
القوم ٢٣١ * ٢٦ و ٢٦ و ٢٦ انم ٠ اتم ٢٣٢ * ٢ وبقيد ٠ وبقيد ٢٣٢ * ٩ يوفق ٠ ويوافق ٢٣٣ *
٥ الاخيرة ٠ على الاخير ٢٣٣ * ٧ يقبنا ٠ ابقينا ٢٣٣ * ٢٦ منيرا ٠ ميرا ٢٣٦ * ٢٣ وقضيته ٠ وقضية
٢٣٧ * ١ تمام ارش ٠ ارس ٢٣٧ * ٣ تجديد ٠ تحديد ٢٣٧ * ١٥ ابقائهما ٠ ابقائها ٢٣٧ * ٣١ الوافي ٠
الواو في ٢٣٩ * ٩ والروضة ٠ والروض ٢٤٠ * ١٠ المعين ٠ العين ٢٤١ * ٩ لا ان ٠ ان ٢٤٢ * ٢٥
والثمن ٠ والثمرة ٢٤٤ * ١٧ فسخه ٠ نسخة ٢٤٥ * ٣٠ حبه ٠ جيه ٢٤٦ * ٧ تأمل ٠ تأمل أنه ٢٤٧ * ٢٠
سبب ٠ بسبب ٢٤٨ * ٢٩ يشرط ٠ يشترط ٢٤٩ * ١٨ فبحمل ٠ فبحمل نقص ٢٥٠ * ٢٥ تبت ٠ اثبت
٢٥١ * ١ الارتداء ٠ الارتداء به ٢٥١ * ٥ من انه ٠ ومن انه ٢٥١ * ٢٢ بما ٠ مما ٢٥٢ * ٩ مواضع ٠
موضع ٢٥٢ * ١٢ أبي ٠ صريح أبي ٢٥٣ * ٣ تردد ٠ ترددا ٢٥٥ * ١ الى ٠ الى المشترطة ولو تلفت
بعد ردها الى ٢٥٥ * ٢ ضمن ٠ ضمنها ٢٥٥ * ١٢ ان ٠ انه ٢٥٥ * ٢٩ الدابه ٠ تكون الدابه ٢٥٦ *
١٦ وحسنة ٠ وحسنته ٢٥٦ * ١٧ اليد ٠ على اليد ٢٥٦ * ٢٥ الدلة ٠ الدالة ٢٥٦ * ٢٩ اجمع ٠ جمع
٢٥٧ * ٦ ليس ٠ ذلك ليس ٢٥٧ * ٧ الاستيجاب ٠ الاستحباب ٢٥٧ * ١٠ لاخير ٠ الاخير ٢٥٧ *

١٩ فسد ٠ أفسد ٢٥٧ * ٢٧ مقابلة ٠ مقابله ٢٥٧ * ٣٢ فلا ٠ ولا ٢٥٨ * ٩ القنية ٠ الثنية الاجماع
٢٥٨ * ٨ وقد ٠ قد ٢٥٨ * ١٣ تضمن ٠ تضمين ٢٥٨ * ١٩ كره ٠ اكره ٢٥٨ * ٢٩ ما ٠ فيما ٢٥٨ *
٣٠ فسد ٠ أفسد ٢٥٩ * ٢ بينهما ٠ بينهما ظ ٢٥٩ * ٧ الجمع ٠ المجمع ٢٥٩ * ١٧ السلام ٠ السلام فانه
قال الاجير المشترك يضمن ٢٥٩ * ٢٢ وعيد ٠ وعبد ٢٥٩ * ٢٣ وغير ٠ غير ٢٥٩ * ٢٣ مكابراً وهو ٠
مكابراً وهو ٢٥٩ * ٢٧ أحد ٠ وأحد ٢٥٩ * ٢٩ وكلهم ٠ كلهم ٢٦٠ * ١٤ المشروط ٠ المشروطه
٢٦٠ * ١٤ على المسافه ٠ المسافه ٢٦١ * ٢١ الاجارة كذا وجد (مصححه) ٢٦١ * ٢٩ ان المؤجر ٠
ان المؤجر هو ٢٦٢ * ٤ المستولي ٠ المتولي ٢٦٢ * ٨ الحال ٠ الحمل ٢٦٢ * ٢٠ فان منهما ٠ منهما
٢٦٢ * ٢٠ أحدهما ٠ أحدها ٢٦٣ * ٤ فاسد ٠ فسد ٢٦٣ * ٧ أو المتاع ٠ المتاع ٢٦٣ * ١٨ الصوم ٠
الصدم ٢٦٥ * ٧ والا ٠ ولا ٢٦٦ * ٨ الخاض ٠ الخاص ٢٦٦ * ٨ الاجر ٠ الاجير ٢٦٧ * ١ والعرض
أو العرض ٢٦٧ * ٢ فان ٠ فان كان ٢٦٧ * ٢٤ فيا ٠ فيهما ٢٦٧ * ٢٧ غير ما ٠ ما ٢٦٩ * ٨ انه ٠ انه
في الاولى ٢٦٩ * ١٧ الاصح ٠ أصح ٢٧٠ * ١ العمل ٠ البين ٢٧٠ * ١٥ النقد ٠ العقل ٢٧٠ * ١٥
تأصيله ٠ تأمله خل ٢٧٠ * ١٨ الاجرة بانها تجري ٠ الاجر بانها يجرى ٢٧٣ * ١٠ سلما ٠ مسلما ٢٧٣ *
٣٠ والمريض ٠ أو المريض ٢٧٤ * ٤ وان ٠ وان لم ٢٧٤ * ٩ المستثنين ٠ المستثنة ٢٧٤ * ١١ يأجره ٠
يأمره ٢٧٤ * ٢٥ له ٠ وله ٢٧٦ * ٢٥ شيئا ٠ شيء (ظ) ٢٧٦ * ٣١ أو عادة ٠ وعادة ٢٧٨ * ٩ وان ٠
وانه ٢٧٨ * ١١ آبق ٠ ابق ٢٧٨ * ١٣ بل ٠ بل قد ٢٧٨ * ١٥ وزوا ٠ وزر ٢٧٨ * ٢٣ أياما ولم
يستأجرها ٠ اياه ولم يستأجرها ٢٧٨ * ٢٧ الاسنا ٠ الاستاد ٢٧٩ * ١ ليعمل ٠ ليعمل له ٢٧٩ * ٨
منها ٠ كذا وجد (مصححه) ٢٧٩ * ٢٠ أو كان التلف سبب ٠ وكان التلف بسبب ٢٧٩ * ٢٦ أفقه ٠
أفقه ٢٧٩ * ٢٧ وسلمها ٠ وتسلمها ٢٧٩ * ٢٨ المراد ٠ المراد انه ٢٨٠ * ٢ فالاشكال ٠ فاشكال ٢٨٢ *
٥ جامع ٠ في جامع ٢٨٢ * ٢٩ الاجارة ٠ للاجارة ٢٨٣ * ٤ يخرج ٠ يخرج به الكلام ٢٨٣ * ٢٨
وجهه ٠ وجهه خ ل ٢٨٣ * ٣٠ الارتفاع ٠ ارتفاع ٢٨٤ * ١١ عين ٠ غير ٢٨٥ * ٢٣ عليه ٠ عليها
٢٨٧ * ١٥ وفي التذكرة ٠ والتذكرة ٢٨٧ * ٢٨ اذا وقع التصريح ٠ اذا ٢٨٨ * ٢١ اباته ٠ على اباقه
٢٨٩ * ١٩ تقديم ٠ تقدم ٢٨٩ * ٢٠ ولاصل ٠ ولاصل عدم ٢٩٠ * ١ فلو ٠ ولو ٢٩٠ * ٨ أنا ٠ انا
ان ٢٩٠ * ٢٣ رواج ٠ ازوج ٢٩١ * ١٣ يقابله ٠ قابله ٢٩٢ * ١٢ أو قيمته ٠ وقيمته ٢٩٢ * ١٨
فيها ٠ فيما ٢٩٣ * ٣ فاقر بالملكيه ٠ فقر المؤجر بالملكيه له ٢٩٣ * ١٠ اغصبت ٠ غصب خل ٢٩٣ * ١٥
الافراد ٠ الاقرار ٢٩٣ * ٢٣ الرقيه ٠ الرقبة ٢٩٤ * ٤ المكاملين ٠ الكاملين ٢٩٤ * ١٤ وافعالهم ٠
وافعالهم وأقوالهم ٢٩٤ * ١٦ كلتيهما ٠ كليهما خل ٢٩٤ * ٢٣ وحكى ٠ وحكى الاجماع في ٢٩٥ *
٢٤ ان ٠ انه ٢٩٥ * ٢٤ وشرطا ٠ وشرط ٢٩٦ * ٤ صحة صيغة ٠ صحة ٢٩٦ * ٣ به ٠ به عقد
٢٩٧ * ٩ أمر ٠ دعوى أمر ٢٩٧ * ٢٦ أهله ٠ أهله رب العالمين ٢٩٨ * ٩ وهو ٠ وهي ٢٩٨ * ١٨
لها ٠ بها ٢٩٨ * ٢٨ أيضا ٠ أيضا واجماعا كما فيه ايضاح ٣٠٠ * ٢ لا يبطل ٠ لا يبطل الا ٣٠٠ *
١٩ وفي ٠ في ٣٠٠ * ٢٢ وانقطاع ٠ او انقطاع ٣٠٠ * ٢٨ اجماعي ٠ اجماع ٣٠١ * ٢ مجهولا واشتراط
فتيران ٠ نصيبا مجهولا واشتراط فتران ٣٠١ * ٣٠ التضمن ٠ المتضمن ٣٠٢ * ١ والزراعة ٠ او الزراعة
٣٠٢ * ٢ يصلح ٠ يصح ٣٠٢ * ١٠ شروط من يمين ٠ مشروط من مسين ٣٠٢ * ١١ فيه ٠ منه
٣٠٢ * ١٢ والتحرير واجمناه في نسخة صحيحة فوجدناه هكذا فالحاشية الموضوعة هنا لا محل لها

[illegible] ٣٠٢ ١٧ الاولى · اول ٣٠٣ * ٩ بمنظور · بمنظور ٣٠٣ * ١١ [illegible] ٣٠٣ *
١٧ الثلاثه · الثلاث ٣٠٣ * ١٧ لا يخلوا · لا يخلو ٣٠٣ * ٢٠ استأجر · استأجرها ٣٠٣ * ٢٧ بين ·
ابن ٣٠٣ * ٢٨ الصحابه · الصحابه ٣٠٤ * ٢ اشتري · اشترى منه ٣٠٤ * ٥ ولا تجوز · لا تجوز
٣٠٤ * ٩ أو يؤاجر · و يؤاجر ٣٠٤ * ١٢ الطعام · الطعام الذي ٣٠٤ * ١٣ ولاحتمال · لاحتمال
٣٠٤ * ١٤ والشعير · او الشعير ٣٠٥ * ٣ عليها · عليها ٣٠٦ * ١٠ بسمته · بقسمه ٣٠٦ * ١٢
في الاربعه · وفي الاربعه ٣٠٦ * ١٨ في الثلث · في الثلث ٣٠٦ * ٢٠ الشرط · الاشتراط ٣٠٦ * ٢٣
الحراث · الحرث ٣٠٦ * ٢٥ كتاب · كتابا ٣٠٧ * ٩ بالسلامه · بالسلامه السلامه ٣٠٧ * ١٢
بين · بين كون ٣٠٧ * ١٤ وقوله · وقد ٣٠٧ * ١٥ فيه · وفيه ٣٠٧ * ١٧ عمدا · عمدا ٣٠٧ *
٢٠ كرهية · كراهية ٣٠٧ * ٢٨ المسالك · المسالك في المساقات ٣٠٨ * ٦ بالقرض · بالقراض
٣٠٨ * ٧ الثمن · الثمرة ٣٠٨ * ٩ الوقت · التوقيت ٣٠٨ * ٢٧ اليه · اليها ٣٠٨ * ٣٢ ونفي · ونفي
٣٠٩ * ١٠ لحينئذ · وحينئذ ٣٠٩ * ١٣ نسبه · نسبته ٣٠٩ * ١٥ الثمن · الثمرة ٣٠٩ * ٢٠ عشر · عشرة
٣٠٩ * ٢٢ العوض والتراضي على الابقاء بعد ذلك وان زرع بحق فيجب ابقاؤه والعموم لا يتناول
العقد الخالي عن العوض والتراضي · العوض والتراضي ٣١١ * ٣ ابقاء · ابقائه ٣١١ * ٦ المزروع ·
الزرع خل ٣١١ * ١٤ وان كان الزارع · وان الزارع خل ٣١١ * ١٨ ذكره · زكوة ٣١١ * ٢٣ هل
انه · انه هل ٣١١ * ٣٢ محرر · غير محرر ٣١٢ * ١٩ الارض · الارض ٣١٤ * ١ من · اما من
٣١٤ * ١٤ الخاصة · الحاجه ٣١٤ * ٢٤ تقدم في · تقدم ٣١٤ * ٢٨ وان · اوان ٣١٥ * ٢٣ المذكور
المذكوره ٣١٥ * ٢٦ يقتضي · يقضي ٣١٥ * ٢٨ شرطا · شرط خل ٣١٥ * ٣٢ الدائم · الدائم
او الغالب ٣١٦ * ٢ مع الخيار · الخيار ٣١٦ * ٤ وكذ · وكذا ٣١٦ * ١٠ زراع · زارع ٣١٦ * ١٩
والتحرير · والتحرير ٣١٧ * ٢ جهل · جهلا ٣١٧ * ٤ وأخذه · واخذ ٣١٨ * ٧ القرض · القرض
٣١٨ * ٧ والبطلان · و بالبطلان ٣١٨ * ١٧ يلزم · يلزم المسمى ٣١٨ * ١٨ مزراعة · مزارعة ٣١٨ * ٣١
فيما · بينهما ٣١٩ * ٨ يستدل · استدل ٣٢٠ * ٢٠ ما · من ٣٢٠ * ٣١ أحدا · أحد ٣٢١ * ١
منه وزرع العامل قال · منه أي العامل قال خل ٣٢٢ * ٢ متساوي · في متساوي ٣٢٢ * ١٤ وجامع
الشرائع · وجامع الشرائع والشرائع ٣٢٢ * ١٥ من · ما ٣٢٢ * ٢٥ الارض · الاضر ٣٢٣ * ٢
الصور · الضرر ٣٢٣ * ٦ انه · انه يأخذ ٣٢٣ * ١٠ ضرر · ضررا ٣٢٤ * ٨ من · منه ٣٢٤ * ١٥
شرط · اشترط ٣٢٤ * ٣٠ والكاشاني · والكاشاني والخراساني ٣٢٥ * ٢٤ والشرائع · الشرائع ٣٢٥ *
٢٥ يجز · يجز ان يعطيها ٣٢٥ * ٢٧ الاجماع · الاجماع على عبارتها ٣٢٧ * ٩ يقتضي · يقضي ٣٢٧ *
٣٣ وقال · قال ٣٢٨ * ٢٨ يكون · تكون ٣٢٩ * ٩ حصته · حصة ٣٢٩ * ١٨ البذل · البذر
٣٢٩ * ٢٦ وخراجها · وخراجها ٣٣٠ * ١٨ الثلاثه · الثلاث ٣٣٠ * ٢٤ واحدة · كل واحدة ٣٣٠ *
٢٧ التساوي · التساوي في الحصه والتفاوت وكذا اذا كان البذر منهما لا فرق بين التساوي ٣٣٠ *
٢٩ لزوم · لزم ٣٣١ * ١٠ الطلاق · طلاق ٣٣١ * ١٢ اخترع ظ · اخترعهم ٣٣١ * ١٣ أو نحوه
قال ادعى مدع توقفه على شرط نفيناه بالاصل وما لم يعلم · أو نحوه فذاك وما لم يعلم خ ل ٣٣١ *
١٤ اذا كان · كان ٣٣١ * ٢٠ الصحه كما · الصحه فما ٣٣١ * ٢٢ جما · ماجما ٣٣١ * ٢٣ مع ·
مع كل ٣٣١ * ٢٧ الصحه · صحه ٣٣١ * ٣٣ عليه · وعليه ٣٣٢ * ١٧ الحصر · الحصه ٣٣٢ * ١٩

الزراعة · المزارعة ٣٣٢ * ٢١ وهو · أو هو ٣٣٣ * ٣ بيان الحكم · بيانا لحكم ٣٣٣ * ١٩ به · فيه
٣٣٣ * ٢١ غير · عين ٣٣٣ * ٢٩ مفوة · مفوت ٣٠*٣٣٣ اشمار · اثمار من ٣٣٣ * ٣١ واحد·
واحدا ٣٣٤ * ١١ فيقول · فيقول لنا ٣٣٤ * ١٣ عليهم · عليه ٣٣٤ * ١٦ وقد · قد ٣٣٤ * ١٦
الثمن · الثمرة ٣٣٤ * ١٨ وقد · فقد ٣٣٥ * ٤ المراضات · المراضاه ٣٣٥ * ٥الثاني · الثاني منه ٣٣٥ *
١٨ من التتبع · مع التتبع ٣٣٥ * ٢٠ التظرظ · النظر ٣٣٥ * ٢٤ أيضا · هنا خ ل ٣٣٥ * ٢٩ ووصله ·
ووصوله ٣٣٦ * ٤ حينئذ · وحينئذ ٣٣٦ * ٤ ان يشترط · انه يشترط ٣٣٧ * ١١ والتقبيل · أو التقبيل
٣٣٧ * ١٨ مزابنه · محاقلة خ ل ٣٣٨ * ٢ و١٥ وبقيته · وبقيته خ ل ٣٣٨ * ١٤ و به · و تملك ٣٣٨ * ١٧
يكون · تكون ٣٣٨ * ٢٢ زراعة * زارعه ٣٣٩ * ٦ و ٨ لو · لو قال ٣٣٩ * ١٧ والروض (١) · والروضه
٣٣٩ * ١٧ وفي جامع · وجامع ٣٣٩ * ٢٦ من · عن ٣٤٠ * ٦ الصحه · المصه ٣٤٠ * ٩ اشكال لا ·
اشكالا ٣٤٠ * ٢٠ غيرهما · غيرها خ ل ٣٤١ * ٨ عرفتا · عرفتاه ٣٤٢ * ٣ استيفاء · بعد استيفاء
٣٤٢ * ٢٣ عليتأمل · فليتأمل فيه ٣٤٣ * ٣ ثابتة بحصة من ثمرتها · ثابتة بحصة من ثمرها خ ل ٣٤٣ *
٢١ نجهور · بحق ٣٤٣ * ٣٠ وغيره · وغيرها ٣٤٣ * ٣١ ونخلها · ونخلها يعني اصلى ارضها بالمزارعة
ونخلها ٣٤٤ * ١٠ منا · من ٣٤٤ * ١١ الباعث · الباعثة ٣٤٤ * ١٤ هنا ان · هنا ٣٤٤ * ٢٨ بلا
و بلا ٣٤٥ * ٥ من الاجارة · كالاجارة ٣٤٥ * ١٠ اللازمه كما · اللازمه وكما ٣٤٥ * ١١ ظاهر · الظاهر
٣٤٥ * ٢٩ هذه · هذا ٣٤٦ * ٣ لفظ · لفظا ٣٤٦ * ١٥ السهم · بالسهم ٣٤٦ * ٢٠ لتهد · لتمهد
٣٤٦ * ٢٤ ما · ماقي ٣٤٦ * ٣٦ لااشكال · اشكال ٣٤٧ * ٢٦ وظاهر · وظاهره ٣٤٨ * ٢١ لا ثمرة · لا ثمره
٣٤٩ * ٩ الثنا (١) · راجعنا نسخة صحيحة فوجدناه الثنا كما هنا فلا محل للحاشية ٣٥١ * ١٨ لانه · الا
انه ٣٥١ * ٢٩ ملك · وملك ٣٥١ * ٢٩ انما · انا ٣٥٢ * ٨ والايضاح · بل والايضاح ٣٥٢ * ١٦
ادى · ارى ٣٥٢ * ١٧ لايثبت · لا تثبت ٣٥٢ * ٢٩ وجبوه · ووجوه ٣٥٤ * ٢٩ ويستشكل
· وسيستشكل ٣٥٥ * ٢٠ ولان · ولان العمل ٣٥٦ * ٨ يكون · تكون ٣٥٦ * ١٨ رفعه · دفعه
٣٥٦ * ١٨ نفسه · بنفسه ٣٥٦ * ١٩ باجرة · باجيره ٣٥٧ * ١٠ بالواجب · الواجب ٣٥٧ * ١٥ ولم · ولو لم
٣٥٧ * ٢٠ المصه · من المصه ٣٥٨ * ٨ بل · قد (ظ) يقال ان هذا هو الذي ينافيه · وهذا هو
الذي ينافيه ٣٥٨ * ١٦ واذ · او اذا ٣٥٩ * ٦ صالحا · صلاحا ٣٥٩ * ١٢ بالضابط · بالضابط الاول ٣٥٩
* ١٣ مايتكرر · مالا يتكرر ٣٥٩ * ٢٥ لم · ولم ٣٥٩ * ٢٩ والمختلف · والمختلف والايضاح ٣٦٠ * ١١
ويكون · ويكون ٣٦١ * ١١ في · وفي ٣٦١ * ١٩ احتج · وقد احتج ٣٦١ * ٢٤ يكون · يكون البعد ٣٦٢
* ١٧ الى · على ٣٦٢ * ٢٦ خاصة · خاصة او خاصا ٣٦٢ * ٢٦ ولعله الذي دعاه الى كلام المبسوط · ولعل
الذي دعاه الى ذلك كلام المبسوط خ ل ٣٦٢ * ٣٠ الاشاد · الارشاد ٣٦٣ * ١٢ وجب · وجب لوجب
٣٦٣ * ١٧ اجرة · اجرة الاجراء ٣٦٤ * ٩ ونسبظ · وقد نسب ٣٦٤ * ٢٣ حالا · او حالا ٣٦٦ * ٢٥
يطلب · بطلت ٣٦٦ * ٣٠ كل · كلا ٣٦٧ * ٣٠ اشتمل · اشتمل البستان ٣٦٧ * ١٠ منهما · منهما كما
ياتي في الكتاب ٣٦٧ * ١٦ من · من ثمرة ٣٦٧ * ٢٢ اشكال · اشكالا ٣٦٨ * ٥ يتلف · تلف ٣٦٨ * ١٠
شرط · بشرط ٣٦٨ * ١٣ بما · ما ٣٦٨ * ١٦ من · من الكافي ٣٦٨ * ٢٨ · الاول · الاول ان
٣٦٩ * ٥ ملك · ملكه ظ · ملكه ٣٦٩ * ٧ الا · لا ٣٦٩ * ١١ فيقابل · فيقابل المجموع ٣٦٩
* ١٣ لخرجت · فاذا خرجت ٣٦٩ * ٣٢ مدعية · مدعيه ٣٧٠ * ٥ وقوعه · حين وقوعه ٣٧٠ * ٣٢

كان ظ . أمكان ٣٧٠ * ٣٢ لعبارة . كعبارة ٣٧١ * ١ منهما . منهما والابطال ٣٧١ * ٧ او ٨ او ٩ انحصر .
النحو ٣٧١ * ١١ أ و بعضها . بعضها ٣٧١ * ٢٥ له ظ . له ٣٧٢ * ٥ النرض . الفرض ٣٧٢ * ٧ ان
عل ن ٣٧٢ * ٩ في حال . حال ٣٧٢ * ١١ المصه . مصه خ ل ٣٧٢ * ١٣ جنس . المجنس خ ل
٣٧٢ * ١٤ ساقا . ساق ٣٧٢ * ٢٠ مقطوع . متطوع ٣٧٢ * ٣٠ الطريقين . الطرفين خ ل ٣٧٣ * ٤
فهو . فهي ٣٧٣ * ٦ كما . قال ٣٧٣ * ٣١ * ٣٧٤ * ٢ والمبسوط . والمبسوط والمهذب ٣٧٤ * ١٤ الاجارة
، وجدنا في نسخة قوله « كما قرر في باب الاجاره » بعد قوله فتاربه الاجرة مطلقا (مصححه) ٣٧٤ * ١٦
قالو . لو ٣٧٤ * ١٩ تلك . ذلك ٣٧٤ * ٢٦ يكون . تكون ٣٧٥ * ١٤ المقاصد . المقاصد والروض
٣٧٦ * ١٥ الى . كذا في النسخ والظاهر زيادة لفظة الى (مصححه) ٣٧٦ * ١٧ قضية أن . قضيته
أنه ٣٧٦ * ٢٥ المثل مثل ظ . مثل ٣٧٦ * ٢٦ هذا . هذا القول ٣٧٧ * ٨ والو . ولانه ٣٧٧ * ١١
ويجبره . أو يجبره ٣٧٧ * ١٢ أيستقرض . أو يستقرض ٣٧٧ * ١٦ يجد . يوجد خ ل ٣٧٧ * ١٧
يؤخره . مؤخره ٣٧٧ * ٢٩ ذلك . ذلك في ذلك ٣٧٨ * ٢٦ ويكونه . ولكونه ٣٧٨ * ٢٩ فليتأمل .
فليتأمل فيه ٣٧٩ * ٢٦ فالاولى . فالاقوى ٣٧٩ * ٣٠ من الاشهاد وبعضهم من اشتراط مع اشتراط .
مع الاشهاد وبعضهم اشترط معه اشتراط ٣٨٠ * ٤ مع ظ . مع ٣٨٠ * ٤ نيته . نية خ ل ٣٨٠ * ٢٠
كالاصل . كالاصل ٣٨١ * ٩ التبرع . المتبرع ٣٨١ * ١٨ مراده . مراده ان ٣٨١ * ٢٠ انتهى .
انتهى فتأمل ٣٨١ * ٢٥ يجوزها . يجوزها ٣٨١ * ٢٨ على ظ . على ٣٨٢ * ١٤ رفع . دفع ٣٨٢ * ١٦
لمصلحة . لمصلحته ٣٨٢ * ٢٠ حقا . حقا له ٣٨٣ * ٢٠ والشرائع . والسرائر خ ل ٣٨٣ * ٢٢ أحدهما .
احدها ٣٨٣ * ٢٧ الدال . الداخل ٣٨٤ * ١٦ شريكه . شريك ٣٨٤ * ٢٧ مع . مع اشتراط
٣٨٤ * ٢٩ هذا . هنا ٣٨٥ * ٨ وقد . هذا وقد ٣٨٥ * ٢٠ المدار . المدار على ذلك ٣٨٥ * ٢٣ هذاك .
هنا ٣٨٥ * ٢٥ لا يقصد من ظ الزارعة . لا يقصد ٣٨٥ * ٣٠ مع . من ٣٨٦ * ٨ وبدءة بط . وقد
يستنبط ٣٨٦ * ١٧ والمغرس . والغرس ٣٨٦ * ٢٣ الاجره . لا اجره ٣٨٧ * ٢٣ لتخصيص . لتخليص
٣٨٨ * ٥ مسبما . مشبها ٣٨٨ * ٢٤ وهي . وفي ٣٨٨ * ٢٩ في . على ٣٨٨ * ٣٠ حكينا . حكيناه
٣٨٨ * ٣١ أنها . بانها ٣٨٩ * ١٩ في ظ . في ٣٨٩ * ٣٣ وقد . قد ٣٩٠ * ٢ به (على ظ) . بهما اشار
٣٩٠ * ١٠ حكاه . حكاه عنه ٣٩٠ * ١٢ والبطلان . والبطلان لانه ٣٩٠ * ١٨ اخرجا . مزجا ٣٩٠ *
١٩ وينعقد بما اذا قال لا . وتنعقد بما اذا قالا ٣٩٠ * ٢١ وانه . انه ٣٩٠ * ٢٢ منها . أنها ٣٩٠ * ٢٣
والتذكره . ويمكن تأويله كما يأتي بيانه « حاشية » منه قدس سره ٣٩٠ * ٣٣ التمييز . كما لو جمعوا مالهم
مع تمييز بعضه ووضعوه في مكان واحد ونحو ذلك « حاشية » منه قدس سره ٣٩١ * ٦ والشهيد كلام
في المقام . قال ان قيد الشياع لاخراج اجتماع الحقوق في الشيء الواحد بالشخص على البدل كمستحق
الزكوة والخمس والمجتمعين على معدن ونحوه ثم أورد على نفسه بانها خرجت بالملاك وأجاب بان المراد
بالملك الاستحقاق حذرا من المجاز والاشتراك وقد حاول بذلك ادخال الشركه في مثل القصاص والخيار
والشفعة وحد القذف اذ لو حمل الملك على معناه لخرجت هذه ان أريد بالملك المعنى الخاص ولو جعل
مشتركا بينه و بين الاستحقاق لزم الاشتراك أو مجازا في الاستحقاق لزم المجاز فحمله على معنى الاستحقاق
العام يدخل الاقسام ويسلم من الاشتراك والمجاز وليس فيه الا ان اطلاق الخاص وارادة العام مجاز
وفيه ان اطلاق الملك على الاستحقاق مجاز شائع مشهور لا يضر في التعريف او هو حقيقة عرفيه كما يقال

فلا يملك عليه الشفعة والخيار والحد فان كان الثاني فلا بحث وان كان الاول فلا ضرر أيضا فان
المدار على ما يجوز في التعريف وهذا الفرد قد جاز لمكان شيوعه وان كان نوعه غير شائع لان كان
اطلاق الخاص على العام ليس بشائع «حاشيه» (منه قدس سره) ٣٩١ * ١٩ الشركه . الشركة ٣٩١ *
٢٠ يشترك . يشتركا ٣٩١ * ٢١ وكذا . كذا ٣٩٢ * ٤ واضح (أوضح ظ) . أوضح ٣٩٢ * ١٣
وفيها . وفيهما ٣٩٢ * ٢٠ في . وفي ٣٩٢ * ٢٤ تسعة . سبعة ٣٩٢ * ٢٧ خبر (١) . وخبر ٣٩٣ * ١
يكتسبون . يكتسبونه ٣٩٣ * ٣٠ في ما . في ٣٩٣ * ٣٠ فيها . فيما ٣٩٤ * ٣ والتذكرة لم نجد لفظة
التذكرة في نسخة الاصل بخط الشارح قده (مصححه) ٣٩٤ * ٩ لا يسلم . لا يسلمه ٣٩٥ * ٣ في .
كما في ٣٩٥ * ٢٢ وقد يظهر من . (وقد يظهر من خ ل) ٣٩٥ * ٢٧ فلك . ذلك الا ٣٩٦ * ٧ لا ارتفع
. لارتفع ٣٩٦ * ٨ به ظ . به ٣٩٦ * ١٧ يزجا . بزجاه ٣٩٦ * ٢٨ المثليه . المثليه المتحدة في الجنس
والصفه ٣٩٦ * ٢٩ موزونة وهو خيرة المسالك وظاهر اطلاق الكتاب . موزونة ٣٩٦ * ٣٢ ذاك .
ذلك ٣٩٧ * ٧ لايختلط . لا تختلط ٣٩٧ * ٨ يملك . يملكه ٣٩٧ * ١٥ لانه . لا انه ٣٩٧ * ٢٥
للاشتراك . للامتياز ظ ٣٩٧ * ٣١ التخصص . التخصيص ٣٩٨ * ١١ منفرد . منفرده ٣٩٨ * ١٢
ينسب . تنسب ٣٩٨ * ٢٠ تساويها تساويهما خ ل . تساويها ٣٩٨ * ٢٧ منفردات . منفردات
هذا ٣٩٩ * ٣٠ اذ لا يصح . فتبح ٣٩٩ * ٣١ بالمزج . في المزج ٤٠٠ * ١٢ والروضه . والروض
٤٠٠ * ١٩ وهو . وهل ٤٠٠ * ٢٣ يتسر . يتيسر ٤٠١ * ٩ جلة ظ . جلة ٤٠١ * ١٥ ان . وان
٤٠١ * ٢٤ فيها . فيهما ٤٠١ * ٢٥ وكذا . ولذا ٤٠١ * ٣١ يعني . يعني ان ٤٠٢ * ١٠ يصل
. يصلا ٤٠٢ * ١١ مع . ومع ٤٠٢ * ١٣ يجوز . تجوز ٤٠٢ * ٢٤ تملك . تملك لنا ٤٠٢ * ٢٦ من جماعة
. لجماعة ٤٠٢ * ٢٨ قال حيث . قال ٤٠٣ * ١ وكل . في كل ٤٠٣ * ١٣ أنه . انه هو ٤٠٣ *
٢٣ الخامس . خامس ٤٠٣ * ٢٦ الكفايه . الكفايه الظاهر ٤٠٣ * ٢٨ لكن . لكون ٤٠٤ * ١ قضيه
ظ . قضية ٤٠٤ * ١٣ مخالف . يخالف ٤٠٤ * ١٥ مفهومي ظ . مفهومي ٤٠٤ * ١٦ فلانه (فانه
خ ل) . فانه ٤٠٤ * ٢٣ المراد . المدار ٤٠٤ * ٢٣ اوانه . وانه ٤٠٥ * ٢ من . عن ٤٠٥ * ١٣
كما . وهو كما ٤٠٥ * ٢٥ المال . المال في الملك ٤٠٥ * ٢٨ يملكه . يملكه بالشرط ٤٠٦ * ١٣ في أنه
. في المختلف أنه ٤٠٦ * ٢٤ وفي . في ٤٠٦ * ٢٨ محل . محل خ ل ٤٠٧ * ١ وانه . وان ٤٠٧ * ٥
وكذا . كذا ٤٠٧ * ١٠ الشريك . شريكه ٤٠٧ * ١٣ وغيرها والنافع والارشاد . والنافع والارشاد
وغيرها ٤٠٨ * ٤ وان . ان ٤٠٩ * ٣ فتسقط في موضع التهمة وتثبت في غيرها . الذي في نسخة
الاصل (وسقط في موضع التهمة وثبت في غيرها) « مصححه » ٤٠٩ * ١٣ ومع . او مع ٤٠٩ * ٢٦
احد . احدى ٤٠٩ * ٣٢ فاخذ . واخذ ٤١٠ * ٢٠ فيها . فيها ايضا كلام ٤١٠ * ٢٢ قال . حيث
قالوا ٤١٠ * ٢٧ انه . ان ٤١٠ * ٢٨ مثله ان . مثله انه ٤١٠ * ٣٠ والمفروض . والمفروض ٤١١
* ٤ مشاركه . مشاركه وان اتحد المشتري ٤١١ * ٦ لأنه . انه ٤١١ * ١٧ يجر . لم يجر ٤١١ * ٢٢
ان قبضه . انه اقبضه ٤١٢ * ٢٨ المؤمنين . المؤمنين علي ٤١٣ * ٣ لان المقتضي . لان المقتضى
٤١٣ * ١٤ احدها . احدها حقه ٤١٣ * ٣١ او الاصل . والاصل ٤١٤ * ١ حصة . حصته ٤١٤ * ٥
تعينت . تعينت حصته ٤١٤ * ٢٩ فلك نصفه . نصفه ملك ٤١٤ * ٣٠ لصاحبه . لقابضه ٤١٤ * ٣٢
بقدومه . لقدومه ٤١٥ * ١٦ النرض . الغرض ٤١٥ * ٢٥ فالاجرة . فالاجر ٤١٥ * ٣٠ صمته .

حسمه ٤١٦ * ١ لحمله . لحمله عليها ٤١٦ * ١١ عن ذلك . كما اذا كان الحاصل اثني عشر واجرة
مثله ثمانية واجرة مثل البداية اثني عشر فانا نقسم الحاصل اعني الاثني عشر عشرين جزءاً فيأخذ هو
ثمانية اجزاء والبداية اثني عشر (حاشيه منه قده) ٤١٦ * ١٩ والحاصل . والحاصل ٤١٦ * ٢٠ الاول
.. الاولى ٤١٦ * ٢٥ تقبل . تقبل حل ٤١٦ * ٣٠ و٤١٧ * ٣ كلك . تملك ٤١٧ * ٦ وان سوكان
٤١٧ * ١٦ الشرائع وجامع الشرائع وعدا التذكرة وماذكر بعدها . عدا الشرائع وجامع الشرائع
والتذكرة وماذكر بعدها ٤١٧ * ٢٠ الثاني ظ . الثاني ٤١٧ * ٢٨ الجائز . الجائز ٤١٨ * ٢ ولم . ولم ٤١٨
* ٨ تلك . تملك ٤١٨ * ٩ الآخر . الاخير ٤١٨ * ٢٥ الجع . الجميع ٤١٨ * ٢٦ واجرت .
واجرة ٤١٨ * ٢٩ الدبه . الدابه ٤١٩ * ٣١ فوجب . فوجبت ٤٢٠ * ٨ صيغة . صيغة عقد ٤٢٠
* ١٢ فظاهر . وظاهر ٤٢٠ * ١٣ يسقط . يقسط ٤٢٠ * ٢٢ الثلاثه . الثالثه ٤٢٠ * ٢٣ حاز .
احاز ٤٢١ * ٢١ بنية . نية ٤٢٢ * ٦ السمكه . السمك ٤٢٢ * ٩ وجود . وبجود لفظ ٤٢٢ * ١٢
سلم . سلم الى ٤٢٢ * ٣٦ قصيد . القصد ٤٢٢ * ٢٨ فحكم . بحكم ٤٢٣ * ٤ النافع . النافع والمنافع
٤٢٣ * ١٠ عنه . وعنه ٤٢٣ * ١٥ القاضل . الفاضل ٤٢٣ * ٢٢ ان والكفايه الدليل ماه والكفايه
ان الدليل لا ٤٢٣ * ٢٣ قضية . قضيته ٤٢٤ * ٤ نبه (نبه ظ) على ذلك (على نحو ذلك خ ل) . نبه
على ذلك على نحو ذلك ٤٢٤ * ١٥ انه عليه وليس . انه ليس ٤٢٤ * ١٦ الاصل . الاصل فيه
٤٢٤ * ٢٧ او ريعه الك . او ولك ريعه ٤٢٥ * ٨ والاجره . ولا اجره ٤٢٥ * ١٢ ان . ان لا
٤٢٥ * ١٤ المبسوط . المبسوط والشرائع ٤٢٥ * ١٦ فيها . فيها ايضا ٤٢٥ * ٢٧ المالك . المال
٤٢٥ * ٢٨ اجل . اجل او ٤٢٥ * ٣٠ ولا . اولا ٤٢٦ * ١٨ الرياض . الروضه ٤٢٦ * ٢١ تارة
. بان ٤٢٦ * ٢٤ و٢٩ تشتري . تشتر ٤٢٧ * ٧ بهم . لهم ٤٢٧ * ١٣ لاغير . غير ٤٢٧ * ١٣
منهم . منهما ٤٢٧ * ٢٨ تشتري . تشتر ٤٢٨ * ٤ عوض . غرض ٤٢٨ * ٩ هو . هو من ٤٢٨
* ١١ ان . انه ٤٢٩ * ٦ ووجه . وجبه ٤٢٩ * ٨ الوفاء به . الوفاء به فقد عبر بجواز الشرط كالمبسوط
واوضح منه قوله في التحرير صح القراض والشرط لكنه لايلزم الوفاء به ٤٢٩ * ١٥ وفي . وفي كلام
٤٢٩ * ٢٢ وفي . وفي به ٤٢٩ * ٢٦ العمل . يعمل ٤٢٩ * ٣٣ ولا . الا ٤٣٠ * ١٤ حال . حال
كلام ٤٣٠ * ١٦ وان . واذا ٤٣٠ * ٢٦ الاصل . اصل عدم التفضيل (حاشيه منه قده) ٤٣٠ * ٣٢
يشاركان . يتشاركان ٤٣١ * ١٨ بقوله . بقوله له ٤٣١ * ٢٥ بين . بين المالك وبين ٤٣١ * ٣٢
الى . انه ٤٣٢ * ٥ الصبغ . الصبغ ٤٣٢ * ٢٨ يده يده . يده يد ٤٣٣ * ٧ المال . المالك ٤٣٣
* ٧ يعمل . يعمل شيئاً ٤٣٣ * ١١ ولا يستقيم (١) ابدا . ولا يستقيم هذا ٤٣٣ * ١٣ لا تخفه . لا تخذ
٤٣٣ * ١٥ قوله . قوله اخيرا ٤٣٣ * ١٩ له . له اي المالك ٤٣٣ * ٢٣ ذلك (الاظ) . ولك ٤٣٣ * ٢٤
وقد . بل قد ٤٣٣ * ٢٩ عمله . عملا ٤٣٣ * ٣٠ علمه . علم ٤٣٤ * ١٣ الاف . في ٤٣٤ * ٢٤ المقصود
. المقصود ٤٣٥ * ١٨ بعمله . لعمله ٤٣٦ * ٢٣ اذ . انه ٤٣٦ * ٢٤ حيث . حيث قيل ٤٣٧ * ١٠ بالموقت
. بالموت ٤٣٧ * ١٨ منها . ضمنا ٤٣٨ * ١٤ قرض . قراض مماطاة ٤٣٨ * ١٥ او المساقاة . والمساقاة
٤٣٩ * ١٠ ممنوعه ظ . ممنوعه ٤٣٩ * ١٤ ظهر . يظهر ٤٣٩ * ٢٠ حكاية . بعد حكاية ٤٣٩ * ٢٢
الفلوس . بالفلوس ٤٤٠ * ١٩ هو . الذي هو ٤٤٠ * ٣١ فتأمل . اذ قد يسقط السلطان المعاملة الاولى
(حاشيه منه قده) ٤٤١ * ١٠ بالمرة . بالموت ٤٤١ * ١٥ يشركه . بشركة ٤٤١ * ١٦ على . على ان

٤٤٢ * ١٩ النثركه · الشركه مشبها ٤٤١ * ٣٠ الباب مشبها · الباب ٤٤١ * ٢٩ يقتضيه · يقضيه ٤٤٢ *
٥ امز · امزل ٤٤٢ * ٩ عن · من ٤٤٢ * ٩ يقع · يقع خ ل ٤٤٢ * ١٢ الافراد · الافراز خ ل ٤٤٢ * ١٦
القول · العزل ٤٤٢ * ٢٣ القرض · المقترض ٤٤٣ * ١٠ الامير زيد فان قتل بجعفر قال · قال الامير زيد
فان قتل بجعفر ٤٤٣ * ٣٠ الان · الموجود في نسخة الاصل الا ان (مصححه) ٤٤٤ * ٣ الثالث · الثالث بانا لا نسلم
٤٤٤ * ٤ عن · عنه ٤٤٤ * ٧ وهو · وهو يقتضي ٤٤٤ * ٨ بد · اليد ٤٤٤ * ١٨ وكذلك · وكذلك الحال ٤٤٤ * ١٩
امان · اعاره ٤٤٤ * ٢٢ والارشاد · والارشاد والروض ٤٤٤ * ٢٣ كما · كالو ٤٤٤ * ٢٤ اجماع ·
اجماعنا ٤٤٤ * ٢٧ أو جنسا · وجنسا ٤٤٤ * ٢٧ كانها · لانها ٤٤٤ * ٣٠ اشرط · افرط ٤٤٥ * ١٠
حكايتهم · حكايتهم عنه ٤٤٦ * ٣٢ وقضيته انه · وقضيته ان ٤٤٧ * ٧ لان السيد مال فاذا دفعه (١) ·
لانه اذا دفعه ٤٤٧ * ١٥ الرابع · الرابع العمل ٤٤٧ * ١٧ لانه · لانه انما ٤٤٧ * ٢٦ الحال · الحاصل
٤٤٨ * ٢ يجب · تجب ٤٤٨ * ٢٣ في ظ هذا · هنا ٤٤٨ * ٣٠ هذا · هنا ٤٤٩ * ١٦ وانم · والتم
خ ل ٤٤٩ * ٢٤ المال · العامل ٤٤٩ * ٣٠ ليستتبع · ليستبقي ٤٥٠ * ٢ أو · أم ٤٥٠ * ٢٥ في · كافي
٤٥٠ * ٢٦ المقاصد · المقاصد والروض ٤٥٠ * ٣٠ وغيرها · وغيرها مثل المؤمنون عند شروطهم ٤٥١ *
٢ ظاهر · اظهر ٤٥١ * ٤ بينهما · بينهما فان ٤٥١ * ١٧ انما · وانما ٤٥١ * ٣٠ قراض · قراض فاسد
٤٥١ * ٣٢ القراض ولا القراض (١) · القرض ولا القراض على نحو ما تقدم والا لكان قرضا في الاول
وقراضا فاسدا في الثاني بلا خلاف وعدم التعرض ٤٥٢ * ١٨ المراد · المراد ان ٤٥٣ * ١٨ فورثه · وورثه
٤٥٣ * ٢٢ بهما · بها ٤٥٣ * ٢٣ المفهوم : المفهوم ٤٥٣ * ٢٣ الفرق · البرق ٤٥٣ * ٢٧ لنصف ·
النصيب ٤٥٤ * ١٢ منهما · منها ٤٥٤ * ١٤ محقق · محقق ٤٥٤ * ٢١ لواحد احد النصيبين وللآخر
الباقي (١) · لكل واحد احد النصيبين والآخر الباقي ٤٥٥ * ١٤ أو اذا · واذا ٤٥٥ * ١٧ فانا (فيها خ ل)
صورة · فيها صوره ٤٥٥ * ١٩ والاشتراك · ولا اشتراك ٤٥٥ * ٢٣ كانا ممتزجين · كانا ممتزجين
٤٥٦ * ٤ والتنقيح · والتنقيح والمسالك ٤٥٦ * ١٧ واضح · الذي في نسخة الاصل واقع أو (نافع)
٤٥٦ * ٢٧ بالنسبه · بالنسيئه ٤٥٦ * ٣١ ثمن · المراد بثمن ٤٥٧ * ١٦ بالملك · بالمسالك ٤٥٧ * ٢٤
مطلقا · أي بالعين وبالنسيئة وبغير نقد البلد وبالعروض «حاشيه منه قده» ٤٥٧ * ٢٨ اطلق · اطلق
اقتضى ٤٥٨ * ٧ وفي · في ٤٥٨ * ٧ في المقداد · والمقداد ٤٥٨ * ١١ يتسامح : ما يتسامح ٤٥٨ * ٣١
بسبب · سبب ٤٥٩ * ٤ ملكا · وملكا ٤٥٩ * ٢٢ في · لاستحقاق ٤٦٠ * ٥ أيضا · ايضا لانه ٤٦٠ *
٢٨ ولو · لو ٤٦١ * ١١ من القيمة · ضامن القيمة ٤٦١ * ٢١ وقد · بل قد ٤٦١ * ٢٨ ما · بما ٤٦١ *
٢٨ العامل · العالم ٤٦٢ * ١٠ يقع · يقع له ٤٦٢ * ١١ ان · لو ٤٦٢ * ١٤ ان · ان لم ٤٦٢ * ١٦ اجاز
أجاز الا ٤٦٢ * ٢٣ لا · لم ٤٦٢ * ٢٥ الاصح · لا يصح ٤٦٢ * ٣٠ العرض · المرض ٤٦٣ * ٢٣
و٢٣ كلام · كلامه ٤٦٤ * ٤ والامساك · او الامساك ٤٦٤ * ٢٠ المالك فاشترى صح الشراء وحق
على المالك · المالك ٤٦٥ * ٤ يرد على · يشتري وعلى ٤٦٥ * ٢٥ المضاربه · المضاربه ٤٦٦ * ١٩
فيما ذكر اعني ما اذا كان العامل جاهلا بالنسب والحكم فيما · فيها ٤٦٨ * ٤ نراه · تراه ٤٦٨ * ٢٧
عقد (النكاح ظ) عقد عقده ٤٦٨ * ٣١ النكاح ظ · النكاح ٤٦٩ * ٥ تقديره · تقريره ٤٦٩ * ١٣
وبهما · وبهما اي صحة الشراء وبطلان النكاح ٤٦٩ * ١٤ نفسها · بنفسها ٤٦٩ * ٢٨ والتحرير ·
والتحرير والارشاد ٤٦٩ * ٢٩ دليل على · دليل ٤٧٠ * ٢٨ أيضا · ايضا كما ٤٧٠ * ٢٩ يتبع · يتبع

٤٧٠ ٢٧ متعلقا بتعلق . الخ ... بالايجابات طوعا لمه الشيخ وجماعة منها ...
الشيخ وجماعة منها والايجابات ٤٧٢ * ٢٢ الشراء به . المعرفة ٤٧٢ * ٢٤ أنا . انا هو ٤٧٢ ٢٦ ...
تعلق . تنقل من ٤٧٣ * ٣ بها هنا . هنا ٤٧٣ * ١٠ التبتل . انتقل ٤٧٣ * ٢٣ اشار . أشير ٤٧٣ *
٢٨ هو . غير ٤٧٤ * ٣ شرط . الشرط ٤٧٤ * ٨ قلت . قلت ٤٧٤ * ٨ اى لعلي . أي ٤٧٤ *
١٧ على هذا . على ٤٧٤ * ٢١ يتعرضوا . يتعرض ٤٧٤ * ٢٤ يهاه . نهاه ٤٧٤ * ٢٤ ان . انه
٤٧٥ * ١ الشروط . الشرط ٤٧٥ * ٣ يعطي . يعطي المال ٤٧٥ * ٦ المعي . المعطي ٤٧٥ * ١٠ الايحتمل .
لا تحتمل ٤٧٥ * ٢٨ الوكيل . الوكيل وقالوا ان الوكيل ٤٧٦ * ١٠ عنه . منه ٤٧٦ * ١٢ وهو . هو
٤٧٦ * ١٣ وهي . وهو ٤٧٦ * ٢١ ابن . أبو ٤٧٦ * ٢٢ المضاوب . المضارب منا ٤٧٦ * ٢٤
وأما . وما ٤٧٦ * ٢٦ تاكيدا . تأكيد ٤٧٦ * ٢٧ وهو . وهي ٤٧٧ * ٤ وهو . هو ٤٧٧ * ١٨ الجبريه . الجبر
٤٧٧ * ٢٢ الفقه . الزياده ٤٧٧ ٢٨ مال . من مال ٤٧٨ * ٦ الفوائد . الزوائد ٤٧٨ * ٢٧ اشترط
اشترطوا ٤٧٨ * ٣٠ والمراد . المراد ٤٧٩ * ١٣ المصنف . المصنف هنا ٤٧٩ * ٢٠ صر . غير ٤٧٩ *
٣٣ لحدهما . أحدهما ٤٨٠ * ٤ علم عامل ٤٨٠ * ١٣ والا . ولا ٤٨٠ * ٢٤ ولاحد . والاحد
٤٨١ * ٧ فرق . يفرق ٤٨١ * ١٠ ووطئ . ووطئ ٤٨١ * ١٢ يكون . يكون هنا ٤٨١ * ١٩ قابلا .
قاتلا ٤٨١ * ٣٠ احل . أحله ٤٨٢ * ١٢ موكلا . موكلا ٤٨٢ * ٢٥ العامل . العامه ٤٨٢ * ٢٨
له . كاله ٤٨٤ * ٢٩ و٣٠ قروتا . قررناه ٤٨٥ * ١٧ بالعجز . بالعجز العجز ٤٨٥ * ٣٢ أنه . اثمان
٤٨٥ * ٢٩ لكل . الكل ٤٨٦ * ٣ انها . انهما ٤٨٦ * ٨ كلامن . كلا ٤٨٦ * ١٥ مما . مما ان
لم يمكن الافتراد ويقسط الثمن على القيمتين مع التحاسر فان بيما ٤٨٦ * ١٧ صار . صارا ٤٨٦ * ٢٤
وقال . وقد قال ٤٨٦ * ٢٦ أحدها . قالوا يختص ذو الدرهمين بواحد ويقسم الآخر بينهما «حاشيه
منه قده» ٤٨٧ * ١٢ وبهنا صرح . وهذا صريح ٤٨٧ * ٢٣ لامرين . للامرين ٤٨٧ * ٣٦
ليس . فليس ٤٨٧ * ٣٠ بعموم . بعموم ٤٨٨ * ٤ جدا . جيدا ٤٨٨ * ٧ ما . فيما ٤٨٨ * ١٢ وفصحت
وافصحت ٤٨٨ * ٣٢ ان . انا ٤٨٨ * ٣٢ قانا . فان ٤٨٩ * ٢١ أولا . ولا ٤٨٩ * ٢٨ حصته . حصه
٤٩٠ * ٢ باحدها . باحديهما ٤٩٠ * ١١ البين . النين ٤٩٠ * ١٧ بقصد . بقصده ٤٩١ * ٢ لو .
لوكان ٤٩١ * ٢ من الايضاح . والايضاح ٤٩١ * ٢ ان . ان الغرض من ٤٩١ * ٨ يعقل . لايعقل
٤٩١ * ١٣ الربح . ان الربح ٤٩١ * ١٨ في ظل . في ٤٩٢ * ٧ لزم . الزم ٤٩٢ * ٧ يكون . ويكون
٤٩٢ * ٢٢ كل مال معامله . مال كل معاملة معامله ٤٩٢ * ٢٨ أصل . فصل ٤٩٢ * ٢٩ العوض . العرض
نخل ٤٩٣ * ٢ فربح . فربح فراس ٤٩٣ * ٥ وقد . قد ٤٩٣ * ٧ اجره . باجارة ٤٩٣ * ١٥ فيعض .
فبعض على ٤٩٣ * ١٦ القراض . مال القراض ٤٩٣ * ١٩ في ظاهر . فان ظاهر ٤٩٣ * ٣١ ونحوه
ما في جامع الشرائع والمفاتيح . والمفاتيح ونحوه ما في جامع الشرائع ٤٩٤ * ١ فيسقط نصف الخسران
المال . المال فيسقط نصف الخسران ٤٩٤ * ٢٨ ذكره أيضا . ذكر ايضا في التذكره ٤٩٥
* ١٠ راس من راس ٤٩٦ * ١٩ بذلك . ذلك ٤٩٧ * ٢ على ما له على ما شرطاه ولو دفع اليه
الفا على ما شرطاه ولو دفع اليه الفا مضاربه ثم دفع اليه الفا ٤٩٧ * ٧ الباقي ربحا . الباقي ٤٩٨ * ٤
يعتد . يعتد ٤٩٨ * ٥ واحد . واحدا ٤٩٨ * ٨ عدا ورعي . عدا * عن ٤٩٨ * ١٠ قال ابتها .
قال ... عليه السلام ... ثم قال ابتها ٤٩٨ * ١٨ ... بكفاية هذا ...

والتجربة • وكتابته حفظة التحرير ٤٩٨ * ٢٩ النسخة هذا • من النسخة هنا ٤٩٩ * ٩ بجرده • بجرده
الا بتجديد الفسخ ٤٩٩ * ٩ وبقصده فيه • وبقصده ٤٩٩ * ١٣ وينبغي • بل ينبغي ٤٩٩ * ١٥ اضعف
• اقل ٥٠٠ * ٣ قال • قال ما حاصله ٥٠٠ * ١٥ من • من رأس ٥٠١ * ٦ واتلفا • او اتلفا
٥٠١ * ٦ عبد • عبده ٥٠١ * ٨ لايخرج • لايخرجه ٥٠١ * ٢٠ المالك كلا • المالك ٥٠٢ * ٨
لكان • كان ٥٠٢ * ٨ بابي الوديعة والعاريه ظ • باب الوديعه ٥٠٢ * ٢٢ سيأتي • سيأتي في ٥٠٣
* ٤ بالفعل • بالفعل وقال في التحرير لوجه انه ليس للعامل بيعه مع فسخ المالك بل يقتسمان ان كان
فيه ربح وهو خيرة الشرائع ٥٠٣ * ٢٠ ان • انه ٥٠٣ * ٢٥ ولو وجد ربحا لم • فلا ولو وجد ربحا
لم يستحقه لانه ايضا ٥٠٣ * ٢٨ الصفاني • الصفاني ٥٠٣ * ٣٠ وان • فان ٥٠٤ * ٢ يرد •
ليرد ٥٠٤ * ١٣ البرهان • البرهان انه ٥٠٤ * ٢٩ يملكها • يملكها بالظهور فقال لم يجب على رب المال
القبول ومن قال يملكها ٥٠٥ * ٧ الشفيري • الشنفيري ٥٠٥ * ٢٤ وتركا • وقد تركا ٥٠٦ * ٢٤
يجهل • يجهل اصلا ٥٠٦ * ٢٧ وان • واذا ٥٠٦ * ٢٩ المالك • المالك ٥٠٧ * ٦ بينة ر بيع
العروض ٥٠٧ * ٧ قطعا • قطعنا ٥٠٨ * ٢١ وقوله • بقوله ٥٠٨ * ٢٦ ينعقد • تنعقد ٥٠٩ * ٤ لو
• لو قال ٥٠٩ * ٦ والفرض • والقرض ٥٠٩ * ٨ لا يقتضي • لا تقتضي ٥٠٩ * ١٢ منشؤه •
منشأه ٥٠٩ * ٢٠ وهذا • هذا ٥٠٩ * ٣٠ وان • ان ٥١٠ * ٧ استشكل • استشكلوا ٥١٠ *
٢٠ وان • ان ٥١١ * ٧ وكلة في الاثنا • وكلة ٥١١ * ١٠ يوجب • لو لم لوجب ٥١١ * ٢٢ عنه
• تحته ٥١١ * ٢٤ اقوال • الاقوال ٥١٢ * ٢٥ من • من راس ٥١٣ * ١٣ الى • الى اخر ٥١٣
* ١٩ والربح • والربح باجمعه ٥١٣ * ١٧ قارضك • قارضتك ٥١٣ * ٢٤ وحسنة • حسنة ٥١٤ * ٩
شبهه • يشبهه ٥١٤ * ١٩ اختلافا • اختلفا ٥١٤ * ١٩ ثلاثة ارباعه • ثلثيه ٥١٤ * ٢٢ اما اشكال
المصنف فانها • وهما ٥١٤ * ٢٣ المال في ذلك • المال ٥١٤ * ٣١ اما • اما اشكال المصنف فانما
٥١٥ * ٧ وهو • وهي ٥١٥ * ١٠ منشؤه • منشأه ٥١٥ * ١٣ المترتب • المترقب ٥١٥ * ٢٩ اي
الرياض ومجمع البرهان • اي الروض ومجمع البرهان (منه قده) قوله اي الروض كذا في نسخة الاصل
فان اراد به روض الجنان فالمعروف انه ليس فيه غير العبادات ويحتمل ان يريد روض الجنان لابي
الفتوح الرازي ان كان ذلك شرحا على الارشاد وليس بمعلوم (محسن) ٥١٦ * ٥ بهما • بهما ٥١٧
* ٤ اذا • اذ ٥١٧ * ٧ كلامه الاول • كلامه ٥١٧ * ٩ جاز • جاز ٥١٧ * ١٢ كان لا • لا ٥١٨ * ٩
لاقرار • لاقراره ٥١٨ * ١٠ يترك • ليترك ٥١٨ * ١٩ والتذكره • والتذكره والتحرير ٥١٨ * ١٩ تبن
تبتني ٥١٨ * ٣٠ بينهما • بينهما على ٥١٩ * ٧ يفرض • تفرض ٥١٩ * ١٤ انه • انه قد ٥١٩ * ١٥
قبل • قبله ٥١٩ * ٢١ العرض • العوض ٥٢٠ * ١٨ الاقرب • هو الاقرب ٥٢٠ * ١٩ انه • لانه ٥٢٠
* ١٩ اقر • اي المالك « حاشيه منه قده » ٥٢٠ * ٢٠ ورد • اورد ٥٢١ * ١١ لنفسه • ضمه ٥٢١ *
١٩ وتوقيف • وتوقف ٥٢٢ * ٧ منا • هنا ٥٢٢ * ١٢ بينة • بينه ٥٢٢ * ١٧ الحفظ • لحفظ ٥٢٣ * ٢٩
الداس • الدال عليه ٥٢٤ * ١ وفوضت • او فوضت ٥٢٤ * ٧ اربح • الرد ٥٢٧ * ١٤ المبسوط •
المبسوط له ٥٢٧ * ٢٦ تسويغ • تسوغ ٥٢٧ * ٣٠ بالاذن والصمير • بالاذن ٥٢٨ * ٣ ان يسقط
• انه يسقط ٥٢٨ * ٢١ مشتمل • مشتملا ٥٣٠ * ١٠ القراض ايضا فيه • القراض ٥٣٠ * ٢٥ ذلك
• ذلك كما ٥٣١ * ١٣ صلا • فعله ٥٣١ * ١٨ وبما • اوبما ٥٣٢ * ٢٢ وقوله • وقوة ٥٣٢ * ٢٢

أثنائه . اثنا عشر ٥٣٣ * ٢٤ شاهد . بشاهد ٥٣٣ * ١٥ الامراء . امرأة ٥٣٣ * ١٦ المولى . الولي ٥٣٣ * ٣٣ كلامهم . اطلاقهم ٥٣٣ * ٤٠ والحلال وفي حكم . والحل وفي حكم المحرم ٥٣٥ * ٢٦ تفاوة . تفاوت ٥٣٦ * ١٨ يحصى . تحصى ٥٣٦ * ٣١ المروايات ولعله . المروأت ولعله ٥٣٧ * ٤ عليها . عليها واليها ٥٣٨ * ١ ولي . ولى ٥٣٨ * ٧ من . من ان ٥٣٨ * ١٢ نادرا . نادر ٥٣٨ * ٢٦ ذلك . ذلك ان كان ٥٣٩ * ٣٠ وقلت هو . قلت وهو ٥٣٩ * ٣١ التوكيل . الوكيل ٥٤٠ * ١٩ تقع تام . تقع ٥٤٠ * ٢٠ والشرائع . وفي الشرائع ظ ٥٤٠ * ٢٩ إذن . أذنه ٥٤١ * ١٦ الفوق . الفرق ٥٤١ * ٢١ في الكتاب . والكتاب ٥٤١ * ٢٣ لان . لانه ٥٤٢ * ٢٦ جوزوان . جوزوا ان ٥٤٣ * ٨ كفر . كفو ٥٤٣ * ٩ قد تقدم الكلام . تقدم الكلام فيه ٥٤٣ * ٢٢ بشرط . بشرط ٥٤٤ * ٦ الثاني . المنافي ٥٤٤ * ١٠ ليس . ليس له ٥٤٤ * ٢٤ الذهب . المذهب ٥٤٤ * ٢٤ ان يجوز . انه يجوز ٥٤٤ * ٢٥ عزلتها . ضرأتها ٥٤٤ * ٢٧ فواضح . واضح ٥٤٦ * ١٣ نسخها . نسختها ظ ٥٤٦ * ٢٦ الآحاد . لايخفى اختلال العبارة فلتراجع (مصححه) ٥٤٧ * ١٧ عين . عين له ٥٤٧ * ٢٢ انه . بانه ٥٤٧ * ٣٢ وكل . وكلا ٥٤٩ * ١٥ الواحد . لواحد على ٥٤٩ * ١٦ ما . حمل ما ٥٥٢ * ٥ او قد . وقد ٥٥٢ * ١٥ قوله فلو وكل غيره في طلاق زوجة سينكحها او اعتاق رقيق سيملكه وبيع ثوب سيشتريه . فلو وكل غيره في طلاق زوجة سينكحها او اعتاق رقيق يشتريه ٥٥٤ * ٢٥ مفهم . مفهم ٥٥٥ * ١٦ التأمل في . تأمل ٥٥٥ * ١٧ في الشراء . بالشراء ٥٥٦ * ١٣ للاصل . الاصل ٥٥٦ * ٢٤ الا في . الامن ٥٥٧ * ١ والكتاب . والكتابة ٥٥٧ * ١١ وروى . وروى الخبر ٥٥٨ * ٢٥ المعاملات . المعاملات فلا ظ ٥٥٩ * ١٨ حق . أحق ٥٥٩ * ١٩ واشهاده . وشهادة ٥٥٩ * ٢٢ الغالب . الغائب ٥٥٩ * ٢٥ محصوب . محبوب ٥٦٠ * ١٤ وان . او ان ٥٦٠ * ٢٤ التوكيل . صحة التوكيل ٥٦١ * ١١ اخبرت . اخبرت به اخبرت ط ٥٦١ * ٢٦ حكى . حكى ذلك ٥٦٢ * ٣ ليتمين . ليتبين ٥٦٢ * ٢٥ مثلوه . مثلوا ٥٦٤ * ١٦ ضافها . اضافها ٥٦٤ * ٢٦ يعقد . يعقل ظ ٥٦٤ * ٢٧ المشتره . المشتري ظ ٥٦٥ * ١١ له . منه ٥٦٥ * ١٩ كيفية . كيفيته ٥٦٥ * ٢٣ أطلق . طلق ٥٦٦ * ٩ وغيرها . وغيرها ٥٦٧ * ٣٢ النظر . النظر كما ٥٦٨ * ٢ بمناصمة . في مخاصمة ٥٦٨ * ٦ قليل . كل قليل ٥٦٩ * ١ حصر . حضر ٥٦٩ * ٦ غيرهما خ ل . غيرها ظ ٥٧٠ * ٢٩ ودعوى . دعوى ٥٧١ * ١٤ فيغني . فينبغي ٥٧١ * ٢٠ استحق . استحق ٥٧١ * ٢٣ خلاقا . خلاف ظ ٥٧٢ * ٢٤ ويستشكل . وسيستشكل ٥٧٣ * ٢٧ يسلم . يسلم الثمن ٥٧٤ * ٢ قرينة . قرينة على ٥٧٤ * ٢٧ في الموكل ولو . بالموكل فلو ٥٧٥ * ٢ لقبض . كقبض ٥٧٥ * ٢ كان . كان له ٥٧٥ * ١٩ الظاهر . ظاهر ٥٧٥ * ٢٩ توجبي . توجيهي ٥٧٦ * ١٤ إ يكون . يكون وكيلا ظ ٥٧٦ * ١٧ ينفد . ينفذ ٥٧٦ * ٣٢ الفرض . القرض ٥٧٨ * ٥ وهو . وهو معنى ٥٧٩ * ١ اصلاح . صلاح ٥٧٩ * ١٧ البيع . المبيع ٥٨٠ * ١٦ معقد . بعقد ٥٨٠ * ٢١ س ك ب . بركب ٥٨٤ * ١٧ بالالف . بالف ٥٨٠ * ١٤ تنبيه . تنبه ظ ٥٨٨ * ٣ تثنيتها . تثنيته خ ل ٥٨٨ * ١٠ أنه ان . كذا وجد فليراجع (مصححه) ٥٨٨ * ١٩ طريق . طريقا ظ ٥٨٩ * ٢٦ للموكل . الى الموكل ٥٩٠ * ٩ مال . حال ٥٩٠ * ٢٩ لو . لو خ ل ٥٩١ * ٣ فسخ . الفسخ ٥٩١ * ٦ نفي البيع . نفي العلم ٥٩١ * ٩ لكان الى آخره أجود . الى آخره لكان أجود ظ ٥٩١ * ١٥ لانها . أنها ظ ٥٩١ * ٢٤ الباقي . البائع ٥٩٢ * ١٢ التحريم . التحرير ٥٩٣ * ٢٤ صريح . وهو صريح ٥٩٣ * ٢٧ النهاية . في النهاية ظ ٥٩٥ * ١١ دعوى . دعوى

٥٩٥ * ١٥ مرار . مرارا ٥٩٥ * ٢٠ من عاما . عما ٥٩٥ * ٢٢ الى . ان ٥٩٥ * ٢٣ مقابلة . بقائه ٥٩٥
* ٢٩ فيبقي . فينتفي ٥٩٥ * ٣١ به . وبه ٥٩٦ * ٥ الاول . كذا في النسخة فليراجع (مصححه) ٥٩٦
* ٢١ وان . ان ٥٩٧ * ٥ المنع . الممتنع ٥٩٧ * ١٧ اجاز . اجازه ٥٩٧ * ٢٤ من . على ٥٩٧ * ٣١
اورده . اورد ٥٩٨ * ١ اب قسة . ابالقسه خل ٥٩٨ * ٢٢ لكن . لكن من ٥٩٩ * ٢٣ لايخفى . يخفى
٦٠٠ * ٢٤ اخباره خيار ٦٠١ * ٢٠ وهل . وهل هو ظ ٦٠١ * ٢٦ راشحة . راشحة اجماع ٦٠١ * ٣١ الاردبيلي
. لاردبيلي برمته ٦٠٢ * ١٠ على . على تقدير ٦٠٢ * ١٤ لتنفر وشبهه . بالتنفر وبشبهه ٦٠٢ * ٢١ الناشي
. المنفر الناشي ٦٠٣ * ٨ لان . لانه ط ٦٠٣ * ١١ لاول . الاول ٦٠٣ * ٢٥ والافند . والاقند ٦٠٥ * ٥
قضيته . قضية ٦٠٦ * ٢٨ اليمين . اليمين ٦٠٩ * ٢٥ كتب . كتبه ٦١١ * ٥ يقول . يقول له ٦١١ * ٢٣ من
. من حيث ٦١١ * ٣١ ويستقر . ويستقر الضمان ٦١٢ * ١٣ من . في ٦١٢ * ٣٢ لا تبطل . تبطل ٦١٣ *
٢٩ يعتبر . تعتبر ٦١٤ * ٢٣ يمكنه . لايمكنه ٦١٤ * ٢٤ عدد . مجدد ٦١٤ * ٢٩ سالم . تسالم ٦١٥ * ١٢
في المختلف . المختلف ٦١٥ * ٢١ الخراساني . والخراساني ٦١٦ * ٨ في باب . باب ٦١٦ * ٢٧ ماجيلويه .
ماجيلويه ٦١٧ * ٧ من . على ٦١٧ * ١٠ ذلك . في ذلك ظ ٦١٧ * ٢٢ بالعزل . فيالعزل ٦١٨ * ٢٤ بمجاز
. مجاز في مجاز ٦١٩ * ٧ بالتصرف . بالتصرف فيه لانه مالم يتصرف ٦١٩ * ٩ بالتصرف فيه لانه مالم
يتصرف به . بالتصرف ٦٢٠ * ٥ بعتق . بعتق العبد ٦٢٠ * ٢٨ ان . ان قال او ٦٢١ * ٨ والخط . والحظ
٦٢١ * ١٠ انه . انه ان ٦٢١ * ٢٤ وبيعه . وبيعه ٦٢١ * ٢٨ تكرن . تكون ٦٢٢ * ١٩ يعني . يعني لفظ
٦٢٢ * ٢٨ اصح وبه وبالكتاب . انه اصح وبه وبالكتاب ٦٢٣ * ٦ قد تقدم . تقدم ٦٢٣ * ١٤ كا كما
٦٢٣ * ٢٠ مستلزما . ولا مستلزما ٦٢٤ * ٢٤ بل . وقد ٦٢٧ * ٨ الاخبار . بالاخبار ٦٢٨ * ٩ كان .
كأنا «ظ» ٦٢٨ * ١٠ تقتضي . تقتضي ظ ٦٢٩ * ٨ الباقين . البايين ٦٢٩ * ٢١ تثبت . تثبت ٦٣٠ * ٥
خل . خ ٦٣١ * ١١ يقتضي . تقتضي ٦٣١ * ٢٤ الى . الى آخر ٦٣٢ * ٣ فانكر فيها . فانكر ٦٣٢ * ٤
اويجب . ويجب ٦٣٢ * ٢٣ قد تقدم . تقدم ٦٣٢ * ٢٩ دعى . ادعى ٦٣٣ * ١٢ اليبت . البت ٦٣٥ *
١١ قراره . اقراره ٦٣٦ * ١٩ شهادتهم . بشهادتهم ٦٣٧ * ٢ باليمين . باليمين ٦٣٧ * ٦ او . ان ٦٣٧ *
٢٥ الى . الى ان ٦٣٨ * ١ باليمين . باليمين ٦٣٨ * ٣١ عبارتها . عبارتها ٦٤١ * ٢٢ قدم . قدم على ٦٤١
* ٢٣ لتفرغ . لتفرع ٦٤٣ * ٥ منه . منه من ٦٤٣ * ١٠ اليهم . اليه ٦٤٤ * ٦ لها . بها ٦٤٤ * ٢٠ وبما
. وبما ذكر ٦٤٤ * ٢٩ ولمصور . ولمحصول ٦٤٥ * ١٧ خارج . اخر ٦٤٧ * ١٣ العقد . العقد
لايؤثر فيه ٦٤٧ * ٢٦ شراء . شراء مايساوي ٦٤٨ * ١٥ بعضها . بعضها بلفظ ٦٤٨ * ٢٩ الحمل
الجبل الا ان تقول ان الجبل ٦٥٠ * ١٣ التأمل . التأويل ٦٥٣ * ٦ والسلاة . والسلام ٦٥٣ *
١٣ جماعة . جا ٦٥٣ * ١٣ وخمسين . وخمسون ٦٥٣ * ٢٩ القاهره بمصر . بمصر القاهره

انتهى بيان الخطأ والصواب ونسئله تعالى العصمة من خطأ المقال والفعال

﴿ مطبوعات جديدة تطلب من مطبعة هذا الكتاب ومحل بيعه ﴾

دينار	قران	باره	غروش الشام	على سعر المجيدي ٢٤ وربع
٠٠	١٥٥	٣٥	٣٧٥	مفتاح الكرامة دورة تامة جزء ١٠
٢٥٠	١٠٦	٣٠	٢٥٧	تم منه سبعة اجزاء « الطهارة » جزء «الصلوة والزكوة» جزآن «المتاجر» جزء «الدين» جزء «احياء الموات» جزء «الفرائض» جزء وثلاثة تحت الطبع جزء «الامانات» جزء «الوقوف» جزء «القضاء»
٥٠٠	٠٠٠	١٠	٠٠١	رساله التجويد لصاحب مفتاح الكرامة
٥٠	٠٠٢	١٥	٠٦	الصحيفة الثانية السجادية مع شرح غريبها
٥٠٠	٠٠٣	٣٠	٠٠٨	مفتاح الفلاح للشيخ البهائي [illegible]
٦٥٠	٠٠٠	٢٥	٠٠١	تحفة الاحباب في آداب الطعام والشراب للسيد حسن (?) العاملي
٥٠٠	٠٠٠	١٠	٠٠١	منظومة جناح الناهض الى تعلم الفرائض له ايضا
٥٠٠	٠٠٠	١٠	١	رسالة خصائص يوم الجمعة للشهيد الثاني مع رسالة التدارك (?) للشيخ جعفر كاشف الغطا قدس سرهما (?)
				(الحصون المنيعة) الى [illegible] كتب [illegible] في حق الشيعة [illegible]

﴿تنبيه﴾ حيث قد صححنا جميع الاجزاء المطبوعة من مفتاح الكرامة بآخره فمن أراد [illegible] مع اضافة اجرة [illegible] الى الثمن الاصلي

